

---

# A LICENÇA PATERNIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO NOS CASOS DE AUSÊNCIA DA FIGURA MATERNA: UM ESTUDO A PARTIR DO DIREITO COMO INTEGRIDADE

*PATERNITY LEAVE IN PUBLIC SERVICE IN THE EVENT OF ABSENCE OF MOTHER FIGURE: A STUDY FROM THE RIGHT AS INTEGRITY*

---

*Vânia Mendes Ramos da Silva*  
*Procuradora Federal<sup>1</sup>*

SUMÁRIO: Introdução, 1 A Importância dos paradigmas constitucionais como pressuposto para a interpretação constitucional; 2 A Proteção constitucional da família; 2.1 O conceito de família e a alteração da estrutura familiar brasileira; 2.2 As licenças paternidade e maternidade como medidas protetivas do núcleo familiar; 3 A licença paternidade no serviço público no caso de ausência da figura da mãe; 3.1 A previsão legislativa e o entendimento administrativo e jurisprudencial atuais; 3.2 A necessária releitura principiológica da licença paternidade: o contributo de Ronald Dworkin; 4 Conclusões; Referências.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais Especialista em Direito Público pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais/Faculdade Newton Paiva. Especialista em Direito constitucional pela Instituição de Ensino Luiz Flávio Gomes/Faculdade Anhanguera/Uniderp. Pós-Graduanda em Direito Público pela Universidade de Brasília - UnB. E-mail: vania.mrs@hotmail.com.

**RESUMO** Este trabalho apresenta o problema gerado pela ausência da figura materna quando do nascimento de uma criança. A previsão legal concede apenas à mãe, servidora pública, um afastamento condizente com as necessidades do bebê recém-nascido ou da criança recém adotada. Nada obstante, existem circunstâncias em que a mãe não está presente, seja pelo seu falecimento durante ou logo após o parto, por seu desejo de abandonar a família imediatamente após o nascimento do bebê ou pela própria inexistência da mulher nas famílias monoparentais masculinas ou homossexuais masculinas. Nessas circunstâncias a família e a criança ficam vulneráveis e destituídas de um direito constitucionalmente tutelado. A proposta é discutir o tema à luz do ordenamento jurídico brasileiro e da Teoria da Integridade do Direito formulada por Ronald Dworkin para encontrar a melhor justificativa jurídica que tornem efetivos direitos e garantias fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Servidor Público. Licença à Gestante e à Adotante. Ausência da Figura Materna. Princípios da Igualdade, Liberdade, Dignidade da Pessoa Humana. Proteção à Família e à Criança. Integridade do Direito. Licença Paternidade Concedida nos Mesmos Moldes da Mulher.

**ABSTRACT:** This paper presents the problem created by the absence of the mother at the birth of a child. The legal provision grants only to the mother, public servant, a departure consistent with the needs of the newborn baby or newly adopted child. Nonetheless, there are circumstances in which the mother is not present, either by his death during or shortly after childbirth, for his desire to leave the family immediately after the baby is born or by the lack of women in male single parents or gay male . In these circumstances the family and child are vulnerable and deprived of a constitutionally protected right. The proposal is to discuss the topic in the light of the Brazilian legal system and the theory of Integrity Law formulated by Ronald Dworkin to find the best legal justification to make effective fundamental rights and guarantees.

**KEYWORDS:** Public Servant. License the Pregnancy and the Adopter. Absence of the Mother Figure. Principles of Equality, Liberty, Human Dignity, Protection of Family and Children. Integrity Law. Paternity leave Granted in the Same Way the Woman.

## INTRODUÇÃO

A alteração da estrutura familiar brasileira tem provocado uma grande necessidade de revisão dos institutos jurídicos voltados à sua proteção. É conduta abominável desconsiderar as famílias monoparentais e homoafetivas, relegar a ascendente importância do trabalho da mulher para o sustento familiar e a crescente presença dos homens na criação dos filhos.

Um dos pontos que mais tem chamado a atenção, nesse contexto, é o instituto da licença paternidade, o qual tem demandado uma reinterpretação mais adequada ao paradigma do Estado Democrático de Direitos, sobretudo nos casos de adoção por homem solteiro ou por casal homoafetivo e também quando ocorre o prematuro falecimento da mãe no parto ou logo após ou quando esta deixa o lar *incontinenti* ao nascimento da criança.

Essas situações de ausência da figura materna tem gerado extrema injustiça quando se concede ao pai, servidor público, um afastamento do trabalho por apenas 05 (cinco) dias.

Necessário, portanto, realizar uma reavaliação dos institutos da licença maternidade, paternidade e à adotante em cotejo com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da proteção integral à criança e da proteção à família, considerando o ordenamento jurídico como integridade como propõe a teoria desenvolvida pelo filósofo americano Ronald Dworkin.

Essa necessária equivalência entre licença paternidade e maternidade, nos casos de ausência materna, efetiva o princípio da isonomia insculpido na Constituição, na medida em que se constitui em instrumento equalizador do espaço laboral disputado por homens e mulheres e invoca uma maior participação da figura masculina no espaço doméstico, sobretudo no cuidado com os filhos, aprimorando os papéis sociais dos sexos masculino e feminino e auxiliando na construção da Justiça e de uma sociedade mais fraterna e solidária.

Um verdadeiro tratamento igualitário, sem distinção de sexo, remodela a sociedade e insere homens e mulheres em novos espaços sociais tidos como “tradicional” e “inerentes” a cada um até então. Rompem-se as barreiras do preconceito e promove-se, conseqüentemente, um maior estímulo à adoção por casais homoafetivos e por homens solteiros, ampliando as possibilidades das crianças desprovidas de um núcleo familiar, relegadas aos precários cuidados de instituições estatais ou abandonadas nas ruas.

À luz da teoria de Ronald Dworkin, esforça-se no presente trabalho para a realização de uma leitura do ordenamento jurídico enquanto integridade, que propicie a visão dos dispositivos legais sob a luz que melhor possam ser enxergados, bem como de maneira que mais

efetivem direitos e garantias fundamentais, respeite a pluralidade dos grupos que compõem a sociedade brasileira e a transforme em um espaço verdadeiramente democrático.

É interessante como o preconceito contra a mulher, que perdurou durante anos e ainda hoje é objeto de lutas, se inverte na presente situação. Essa é uma das raras hipóteses em que os homens assumem a posição de minoria e merecem, enquanto integrantes de uma sociedade multifacetada, ver reconhecida a proteção constitucional de cuidar do filho recém-nascido ou recém-adotado, por tratar-se de um direito da família e da criança enquanto ser humano em formação, vulnerável e carente de cuidados muito especiais nessa fase inicial da vida.

A ausência da figura materna não pode suprimir o direito que a criança tem de ser assistida, nem o direito da família a essa proteção *sui generis*. Imperioso compreender que a ausência de regramento normativo é meramente aparente, pois o ordenamento oferece sim uma resposta à controvérsia.

A criança, desde a mais tenra idade, precisa desenvolver laços afetivos com seus parentes mais próximos. A concretização desse verdadeiro direito é um dever da família e um dever do próprio Estado, que precisa, assim, tutelar o núcleo familiar de seus servidores públicos à luz dos princípios da dignidade humana, da liberdade e da isonomia.

A prática judicial pátria já reconhece o direito do servidor público em ver equiparada a licença paternidade e ao adotante em condições de igualdade com a mulher, nas hipóteses de ausência da mãe. Mas ainda existem entendimentos divergentes e, não raro, as decisões favoráveis se respaldam em superados critérios interpretativos, assim como na técnica de ponderação de princípios, que não observa o conceito de integridade.

Apesar do equívoco dos indeferimentos administrativos implicarem numa óbvia necessidade de intervenção judicial, a jurisprudência é ainda escassa, demonstrando que os servidores pouco tem recorrido à tutela jurisdicional. O tema é, portanto, recente na rotina dos tribunais, não tendo sido objeto de decisões pelos Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

## **1 A IMPORTÂNCIA DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS COMO PRESSUPOSTO PARA A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL**

Para construirmos um contexto que permita a compreensão da importância da teoria de Ronald Dworkin e a premência com que o Estado Democrático de Direitos conclama para o reconhecimento de que a Constituição é algo em permanente construção por intermédio da prática interpretativa, necessária uma rápida introdução sobre os paradigmas constitucionais da modernidade, que influenciam sobremaneira a forma de enxergar o ordenamento.

O conceito de paradigma é delineado por Menelick de Carvalho Neto, com assento na ciência de Thomas Kuhn, como um pano de fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo torna possível a linguagem, a comunicação e limitam ou condicionam o nosso agir e a nossa percepção de nós mesmos e do mundo. Corresponde a grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por períodos de tempo e em contextos determinados.<sup>2</sup>

São três os grandes paradigmas constitucionais: o primeiro deles é o do *Estado de Direito* que rompe com o paradigma antigo-medieval, possibilitando a instituição de uma sociedade dissociada das figuras da escravidão e da servidão, afirmando, pela primeira vez na história, que todos os homens são livres, iguais e proprietários.<sup>3</sup>

Sob os auspícios desse paradigma a igualdade é compreendida como algo meramente formal - ou seja, todos são iguais no sentido de se apresentarem agora como proprietários, no mínimo de si próprios, e, assim, formalmente, todos devem ser iguais perante a lei, porque enquanto proprietários são sujeitos de direitos. Por sua vez, a liberdade é delineada como a possibilidade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibam.<sup>4</sup>

Para o Estado de Direito o sistema normativo é composto de regras gerais e abstratas, válidas universalmente para todos os membros da sociedade, que, assim, desejava um mínimo delas, pois já que liberdade é fazer tudo aquilo que as leis não proibam, quanto menos leis, mais livres seriam as pessoas para desenvolver as suas propriedades.<sup>5</sup> Nesse contexto, ainda nos ensinamentos de Menelick de Carvalho Neto, a questão da atividade hermenêutica do juiz só poderia ser vista como uma atividade mecânica, resultado de uma leitura direta dos textos que deveriam ser claros e distintos e a interpretação algo a ser até mesmo evitado.<sup>6</sup>

Após a I Guerra Mundial inicia-se o declínio do Estado de Direito para dar lugar a ascensão do Estado Social. Aquela ideia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a uma desmedida exploração do homem pelo homem que conduziu a humanidade a vivenciar uma riqueza e uma miséria sem precedentes e a uma luta social intensa que culminou com o surgimento

2 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

3 CARVALHO NETO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

4 Ibidem.

5 Ibidem.

6 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

de um novo tipo de constitucionalismo, a redefinição dos direitos de *liberdade e igualdade*, e a ampliação da tábua de direitos fundamentais.<sup>7</sup>

A ideia de liberdade agora no Estado Social se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento na lei das diferenças materiais entre as pessoas, e sempre na proteção do lado mais fraco das várias relações.<sup>8</sup>

Surgem os direitos coletivos e sociais, como o de greve e de livre organização sindical e partidária, os direitos trabalhistas, de seguridade e previdência sociais, acesso à saúde, à educação e ao lazer.<sup>9</sup> E é nesse panorama que se inserem as licenças maternidade e paternidade, resultados da ampliação da tábua de direitos fundamentais dos trabalhadores como contraponto ao capital e em respeito à condição de seres humanos que necessitam se afastar do labor para se dedicar à prole por um período pré-determinado, com garantia de retorno ao posto de trabalho.

No paradigma do bem estar social, a seara de atuação do Estado é extraordinariamente ampliada para abranger tarefas vinculadas a essas novas finalidades econômicas e sociais que, agora, lhe são atribuídas. O próprio ordenamento ganha um novo grau de complexidade e o juiz diante desse panorama não pode ter a sua atividade reduzida a um mera tarefa mecânica de aplicação silogística da lei tomada como a premissa maior sob a qual se subsume automaticamente o fato. Aplicar a lei reclama métodos muito mais sofisticados e capazes de emancipar o sentido da lei da vontade subjetiva do legislador na direção da vontade objetiva da própria lei, profundamente inserida nas diretrizes de materialização do direito que a mesma prefigura. O trabalho do juiz é muito mais elaborado e complexo com vistas a garantir as dinâmicas e amplas finalidades dos programas e tarefas sociais.<sup>10</sup>

O Estado Social não se sustenta tanto pela impossibilidade de manutenção da pesada máquina administrativa quanto pela frustração com as promessas não adimplidas de construção da cidadania e da democracia. O Estado Democrático de Direitos, com seu Direito participativo, pluralista e aberto, surge, então, como viabilizador desses dois pilares através da participação popular efetiva e da garantia de inclusão das minorias nos processos decisórios. Esse novo pano de fundo outra vez amplia a tábua de direitos fundamentais para incluir novos tipos de direitos, como o Direito Ambiental, o Direito ao Patrimônio Histórico, o Direito do Consumidor. Direitos esses que apresentam a natureza de proteção jurídica de interesses difusos e coletivos, que novamente exigem a revisão de tudo, sobretudo na postura do responsável pela prestação jurisdicional, para fazer face aos

7 CARVALHO NETO, op. cit.

8 Ibidem.

9 Ibidem.

10 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

desafios decorrentes do processo de contínuo aumento da complexidade da sociedade moderna, cujas decisões demandam cumprir simultaneamente os critérios de segurança jurídica e aceitabilidade racional.<sup>11</sup>

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito é de se exigir das decisões judiciais e administrativas que satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como certeza jurídica, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.<sup>12</sup>

Para tanto, os operadores do ordenamento precisam lembrar de que os princípios também são normas jurídicas, que operam ativamente no ordenamento, condicionam a leitura das regras, suas contextualizações e interrelações, e possibilitam a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*.<sup>13</sup>

É, portanto, sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direitos que se conclama para a aplicação da teoria de Ronald Dworkin, porque as limitadas técnicas interpretativas de antes são insuficientes e não dão conta da complexidade plural e participativa da democracia, nem da construção de um Estado justo, fraterno e solidário. As especificidades do caso concreto em harmonia com o ordenamento observado em seu conjunto, nessa sociedade reconhecidamente multifacetada, precisam guiar a produção da norma adequada para reger uma dada situação específica.

Os princípios constitucionais precisam protagonizar as decisões judiciais, cumprindo seu papel de orientar a interpretação das normas inferiores e servir como medida de conformidade ou não conformidade ao conteúdo de todas as outras leis e atos jurídicos. E a correta aplicação desses princípios a casos particulares vão muito além de uma simples regra linguística ou referência semântica, dependendo de uma prática interpretativa de releitura dos direitos constitucionais a partir de uma perspectiva cada vez mais inclusiva.<sup>14</sup>

Para cumprir esse intento, as modernas teorias filosóficas de hermenêutica constitucional precisam ser mais exploradas, tanto para garantir a segurança jurídica, quanto para produzir decisões que vão muito além do que está literalmente escrito nas leis, conferindo sentido ao ordenamento jurídico como produto de uma sociedade em aprimoramento e que caminha na busca da verdadeira Justiça.

11 CARVALHO NETO, op. cit.

12 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Nôtticia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

13 Ibidem.

14 MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. n. 1. 2010.

## 2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA FAMÍLIA

### 2.1 O conceito de família e a alteração da estrutura familiar brasileira

Pelo dicionário, família é o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar. É considerada a instituição responsável pela educação dos filhos e por influenciar o comportamento dos mesmos no meio social, através de transmissão de valores morais e sociais que servirão de base para o processo de socialização da criança, bem como as tradições e os costumes perpetuados através de gerações.<sup>15</sup>

Nas palavras de Gustavo Tepedino, a família é o núcleo intermediário de desenvolvimento da personalidade dos filhos e da promoção da dignidade de seus integrantes<sup>16</sup>.

No direito brasileiro, a partir da metade do Século XX, paulatinamente o legislador foi vencendo barreiras e resistências atribuindo direitos aos filhos ilegítimos e tornando a mulher plenamente capaz, até o ponto culminante que representou a Constituição Federal de 1988, que, instituindo o Estado Democrático de Direitos, não mais restringe a origem da filiação, inaugura a absoluta igualdade entre os cônjuges, assegura a proteção integral à família e reconhece a existência da família monoparental.<sup>17</sup>

A Constituição de 1988 consagra a proteção à família no artigo 226, compreendendo tanto a família fundada no casamento como na união de fato, a família natural e a família adotiva, protegendo a célula familiar independentemente do matrimônio e da própria existência de um casal, quando reconhece a família constituída apenas pelo filho e um dos pais.<sup>18</sup>

Constata-se, destarte, que o conceito de família não tem origem jurídica, mas eminentemente sociológica e, desse ponto de vista, inexiste um conceito unitário de família. O conceito vem evoluindo com o tempo e passou por transformações profundas, desafiadoras para o Direito, conforme destaca Sílvio de Salvo Venosa<sup>19</sup>:

A passagem da economia agrária à economia industrial atingiu irremediavelmente a família. A industrialização transforma drasticamente a composição da família, restringindo o número de nascimentos nos países mais desenvolvidos. A família deixa de ser uma unidade de produção na qual todos trabalhavam sob a autoridade de um chefe. O homem vai para a fábrica e a mulher lança-se para o mercado de trabalho. No século XX, o papel da mulher transforma-se profundamente, com sensíveis

15 <http://www.significados.com.br/familia/>

16 TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html)>. Acesso em: 30 out. 2013.

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. VI. 6. ed. São Paulo. Atlas, 2006.

18 *Ibidem*, p. 06/07.

19 *ibidem*, p. 06/07.



efeitos no meio familiar. Na maioria das legislações, a mulher, não sem superar enormes resistências, alcança os mesmos direitos do marido. Com isso, transfigura-se a convivência entre pais e filhos. Estes passam mais tempo na escola e em atividades fora do lar. A longevidade maior decorrente de melhores condições de vida permite que várias gerações diversas convivam. Em futuro próximo, será comum a convivência de pais, avós, netos, bisnetos, o que gerará igualmente problemas sociais e previdenciários nunca antes enfrentados. Os conflitos sociais gerados pela nova posição social dos cônjuges, as pressões econômicas, a desatenção e o desgaste das religiões tradicionais fazem aumentar o número de divórcios. As uniões sem casamento, apesar de serem muito comuns em civilizações do passado, passam a ser regularmente aceitas pela sociedade e pela legislação. A unidade familiar, sob o prisma social e jurídico, não mais tem como baluarte exclusivo o matrimônio. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais, que se fizeram sentir mais acentuadamente em nosso país na segunda metade do século XX, após a Segunda Guerra. Na década de 70, em toda a civilização ocidental, fez-se sentir a família conduzida por um único membro, o pai ou a mãe. Novos casamentos dos cônjuges separados forma uma simbiose de prole. O controle e o descontrole de natalidade são facetas do mesmo fenômeno. Quanto mais sofisticada a sociedade, maior o controle de natalidade. Com isso, agravam-se os problemas sociais decorrentes do mesmo fenômeno, aumentando a miséria das nações pobres e dificultando, com a retração populacional, a sustentação do Estado e da família nas nações desenvolvidas. Por isso, as emigrações étnicas para os países desenvolvidos criam novas células familiares, com novos valores, com dificuldade de assimilação para as primeiras gerações nas novas terras. Casais homoafetivos vão paulatinamente obtendo o reconhecimento judicial e legislativo. Em poucas décadas, portanto, os paradigmas do direito de família são diametralmente modificados. O princípio da indissolubilidade do vínculo do casamento e a ausência de proteção jurídica aos filhos naturais, por exemplo, direito positivo em nosso ordenamento até muito recentemente, pertencem definitivamente ao passado e à História do Direito do nosso país. Atualmente, o jurista defronta-se com um novo direito de família, que contém surpresas e desafios trazidos pela ciência.

Assim, a Constituição de 1988 promoveu o deslocamento do centro da tutela familiar do casamento para as relações familiares dele decorrentes (mas não exclusivamente dele). A milenar proteção da família como instituição, unidade de produção e reprodução dos valores culturais, éticos, religiosos e econômicos, dá lugar a uma tutela

funcionalizada à dignidade de seus membros, em particular no que concerne ao desenvolvimento da personalidade dos filhos.<sup>20</sup>

Altera-se, portanto, o conceito de unidade familiar, antes delineado como aglutinação formal de pais e filhos legítimos baseada no casamento, para um conceito flexível e instrumental, que tem em mira o liame substancial de pelo um dos genitores com seus filhos – tendo por origem não apenas o casamento – e inteiramente voltado para a realização espiritual e o desenvolvimento da personalidade de seus membros, devendo a comunidade familiar ser preservada como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana.<sup>21</sup>

Os relacionamentos entre pessoas do mesmo sexo lamentavelmente ainda se configuram em um desafio para o legislador positivo, que precisa quebrar as barreiras do preconceito para simplesmente admitir a existência de um fenômeno que está aí, diante de todos os olhos é já encontra sólido reconhecimento jurisprudencial.

Assim, considerando apenas o contexto constitucional expresso, a família é decorrente dos seguintes institutos: a) casamento civil; b) união estável entre homem e mulher; c) família monoparental<sup>22</sup>.

Nada obstante, diante do dinamismo das relações familiares, bem como da premente necessidade de proteção ao núcleo familiar, tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência o entendimento de que o rol constitucional familiar é meramente exemplificativo e não taxativo. Nada mais correto esse posicionamento, visto que é a prática interpretativa associada às peculiaridades da realidade social que atualiza e pereniza o sistema, sempre aberto e incompleto dos direitos constitucionais.<sup>23</sup>

Conforme ressalta Raphael Peixoto de Paula Marques *apud* J.J. Gomes Canotilho: *A própria Constituição de 1988 prevê no seu art. 5º, §2º [...] uma cláusula de abertura de forma a abranger, para além das positivações concretas, todas as possibilidades de direitos que se propõem no horizonte da ação humana.*<sup>24</sup>

Art. 5º [...]

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição *não excluem* outros decorrentes do *regime* e dos *princípios* por ela adotados, ou dos *tratados internacionais* em que a República Federativa do Brasil seja parte.

20 TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html)>. Acesso em: 30 out. 2013.

21 *Ibidem*.

22 TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

23 MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. n. 1. 2010.

24 *Ibidem*.

E é sob essa perspectiva inclusiva dos direitos fundamentais e diante do caráter abstrato e principiológico da Constituição <sup>25</sup> que são admitidas ainda outras manifestações familiares para além do texto expresso, assim sistematizadas por Flávio Tartuce (2013, p. 1066)<sup>26</sup>: d) *Família anaparental*: que quer dizer família sem pais. Ilustrando a aplicação do conceito, o STJ entendeu que o imóvel em que residem duas irmãs solteiras constitui bem de família, pelo fato delas formarem uma família; e) *Família homoafetiva*: constituída por pessoas do mesmo sexo, conforme reconhecido pelo STF no julgamento da ADPF 132/RJ e ADI 4277/DF; f) *Família mosaico ou pluriparental*: aquela decorrente de vários casamentos, uniões estáveis ou mesmo simples relacionamentos afetivos de seus membros.

Curvando-se a essa tendência e ao posicionamento judicial, o INSS - Instituto Nacional do Seguro Social - desde a edição da Instrução Normativa nº 25/2000, já vinha reconhecendo a relação homossexual como uma união estável (desde que apresentada a documentação mínima necessária), após a Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0, que teve tramitação na 3ª Vara Federal Previdenciária de Porto Alegre, da Seção Judiciária Federal do Estado do Rio Grande do Sul, que reconheceu o direito de obter pensão por morte do companheiro participante do Regime Geral da Previdência Social.<sup>27 28</sup>

25 MARQUES, op. cit.

26 TARTUCE, op. cit., 2013.

27 Decisão proferida no processo administrativo n.º 36474.001600/2011-27. Disponível em <[http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num\\_processo=36474001600201127](http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num_processo=36474001600201127)> Acesso em 05/09/2013

28 "INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/DC Nº 25, DE 07 DE JUNHO DE 2000 - DOU DE 08/06/2000 - Revogada pela INSTRUÇÃO NORMATIVA INSS/PRES Nº 45, DE 06 DE AGOSTO DE 2010 Publicada no DOU 110-E de 08.06.2000 com incorreção

Estabelece, por força de decisão judicial, procedimentos a serem adotados para a concessão de benefícios previdenciários ao companheiro ou companheira homossexual.

**FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:**

A DIRETORIA COLEGIADA DO INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em reunião extraordinária realizada no dia 07 de Junho de 2000, no uso da competência que lhe foi conferida pelo inciso III, do artigo 7º, do Regimento Interno do INSS, aprovado pela Portaria nº 6.247, de 28 de dezembro de 1999, e CONSIDERANDO a determinação judicial proferida em Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0; CONSIDERANDO a necessidade de estabelecer rotinas para uniformizar procedimentos a serem adotados pela linha de benefícios, resolve:

Art. 1º - Disciplinar procedimentos a serem adotados para a concessão de pensão por morte e auxílio reclusão a serem pagos ao companheiro ou companheira homossexual.

Art. 2º - A pensão por morte e o auxílio-reclusão requeridos por companheiro ou companheira homossexual, reger-se-ão pelas rotinas disciplinadas no Capítulo XII da IN INSS/DC nº 20, de 18.05.2000.

Art. 3º - A comprovação da união estável e dependência econômica far-se-á através dos seguintes documentos:

I declaração de Imposto de Renda do segurado, em que conste o interessado como seu dependente;

II disposições testamentárias;

III declaração especial feita perante tabelião (escritura pública declaratória de dependência econômica);

IV prova de mesmo domicílio;

V prova de encargos domésticos evidentes e existência de sociedade ou comunhão nos atos da vida civil;

VI procuração ou fiança reciprocamente outorgada;

VII conta bancária conjunta;

VIII registro em associação de classe, onde conste o interessado como dependente do segurado;

IX anotação constante de ficha ou livro de registro de empregados;

Mais recentemente, o Supremo Tribunal Federal, reforçando o coro do reconhecimento da natureza dinâmica e inconclusa do rol de direitos fundamentais, bem como do aspecto inacabado e de aprendizado permanente da Constituição – que deve ser constantemente refundamentada e relegitimada pela inclusão das diferenças<sup>29</sup> – possibilitou a formalização da união civil homoafetiva pelos cartórios de todo o país.<sup>30</sup>

Sob essa perspectiva, não é mais possível que se perpetue o descaso para com direitos que são mera decorrência e que servem à efetivação desse reconhecimento de igualdade entre as espécies de relações familiares, que embora não literalmente expressas, também são tuteladas pelo Direito Constitucional.

Nesse contexto evolutivo da estrutura familiar brasileira, a adoção também caminhou muito e, cada vez mais, recebe proteção estatal e grande reconhecimento social. Trata-se de instituto jurídico humanizador, de inclusão social, que resguarda o princípio da proteção integral à criança que se torna órfã ou é abandonada pelos pais biológicos conferindo-lhes direitos sucessórios e previdenciários e aos pais os direitos decorrentes do poder familiar.

O princípio da igualdade é ínsito ao instituto da adoção, na medida em que representa uma modalidade artificial de filiação inserindo a criança em tudo e por tudo na família, conferindo-lhe a mesma posição da relação biológica (Art. 41 da Lei 8069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente), seja entre filhos de uma mesma família, ou de uma família em relação a outra. A criança adotada e os pais adotivos tem os mesmos direitos e deveres que regem as relações familiares entre filhos e pais biológicos.

O livre planejamento familiar, fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, é também diretriz constitucional da tutela das relações familiares, cabendo ao Estado fornecer os recursos educacionais e científicos para operacionalizar esse direito. Trata-se de garantia decorrente do próprio valor maior de liberdade, também contextualizado pelo constituinte nas relações familiares, afastando quaisquer tentativas de ingerências externas sobre

---

X - apólice de seguro da qual conste o segurado como instituidor do seguro e a pessoa interessada como sua beneficiária;

XI ficha de tratamento em instituição de assistência médica da qual conste o segurado como responsável;

XII - escritura de compra e venda de imóvel pelo segurado em nome do dependente;

XIII quaisquer outros documentos que possam levar à convicção do fato a comprovar.

Art. 4º - Para a referida comprovação, os documentos enumerados nos incisos I, II, III e IX do artigo anterior, constituem, por si só, prova bastante e suficiente, devendo os demais serem considerados em conjunto de no mínimo três, corroborados, quando necessário, mediante Justificação Administrativa JA.

Art. 5º - A Diretoria de Benefícios e a DATAPREV estabelecerão mecanismos de controle para os procedimentos ora estabelecidos nesta Instrução Normativa.

Art. 6º Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. "

29 MARQUES, op. cit.

30 Informativo n.º 625 do STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>> Acesso em: 05 set. 2013.

o número de filhos e o momento em que um casal – heterossexual ou homoafetivo – ou uma pessoa solteira irá concebê-los ou adota-los.

A Constituição de 1988 abraçou a nova formulação da estrutura familiar que já despontava, o que, por seu turno, oportunizou à sociedade uma maior aceitação das diferenças e um verdadeiro desejo pelos benefícios da inclusão social como baluarte para a construção da pluralidade democrática. A sociedade tem se redescoberto e está hoje muito mais madura para se desenvolver e crescer ainda mais na busca da materialização dos ideais almejados quando da promulgação da Constituição.

Estimular a adoção por homens solteiros e casais homoafetivos masculinos só promove o bem à sociedade, reinserindo crianças despidas de um lar num contexto familiar de amor e salvaguarda de sua formação social, emocional e psicológica, construindo seres humanos muito mais felizes, tanto os pais adotivos quanto as crianças adotadas. De igual maneira, incentivar os pais que perderam suas esposas precocemente e que, de forma inesperada, precisam cuidar sozinho de uma criança recém nascida é promover a dignidade humana e os princípios da solidariedade e fraternidade.

## 2.2 As licenças paternidade e maternidade como medidas protetivas do núcleo familiar

A igualdade, a liberdade e a dignidade humana estão, destarte, a todo momento sendo reafirmados no Texto Constitucional e na legislação ordinária para conferir a certeza de que os direitos e garantias fundamentais serão respeitados no mais aparentemente privado núcleo das relações interpessoais: a família.

Conforme destacado por Marcos Paulo Patullo, o conceito formal de igualdade, extraído da literalidade da Constituição, estabelece que a lei não pode implicar em discriminações ilógicas e deve buscar a proteção dos direitos necessários à ordenação da vida social.<sup>31</sup> Em Dworkin, ainda nas palavras daquele autor, esse conceito é muito mais sofisticado consistindo na necessidade de se tratar a todos os cidadãos com “igual respeito e consideração”, condição *sine qua non* para a legitimidade substantiva de um governo democrático.<sup>32</sup>

Os governantes possuem, pois, liberdade para formular as leis e as políticas que acharem melhor para a sociedade, desde que não desrespeitem os princípios formulados pela moral social, em especial o da igual consideração por todos os cidadãos.<sup>33</sup>

31 PATULLO, Marcos Paulo Falcone. *A Igualdade No Pensamento de Ronald Dworkin*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp125204.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

32 Ibidem.

33 CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Aratújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <<http://mdf.secrel.com.br/>>

A dignidade da pessoa humana precisa ser analisada também na definição de Ronald Dworkin, correspondendo a uma combinação entre os princípios do valor intrínseco da pessoa humana e da responsabilidade individual.<sup>34</sup>

Marcos Paulo Patullo (2009) explica que<sup>35</sup>:

O primeiro princípio, ao qual DWORKIN denomina de “*principle of intrinsic value*” (princípio do valor intrínseco), preconiza que cada “vida humana tem um tipo especial de valor objetivo”. A ideia de que a vida humana possui um valor intrínseco consiste na concretização, na teoria política dworkiniana, da máxima kantiana segundo a qual “o homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, *existe* como fim em si mesmo, *não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Nesse contexto, “o sucesso ou derrocada de qualquer vida humana é, por si só, importante, algo que todos nós temos razão para querer ou lastimar”.

Marcos Paulo Pattulo<sup>36</sup> segue explicando que o princípio do valor intrínseco “[...] *que expressa de forma muito clara tanto a igualdade, quanto a fraternidade, é completado pelo princípio da responsabilidade individual*”:

[...], segundo o qual “cada pessoa tem uma responsabilidade especial pela realização do sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o exercício do julgamento acerca de qual vida será a de maior sucesso para ele”. DWORKIN atribui, nesse sentido, ao Estado o dever de prezar pela moralidade comunitária, mas confere ao indivíduo o privilégio de escolher os princípios éticos que guiarão a sua vida. Tal “privilégio” consiste, na verdade, em um direito / dever: todos têm o direito à autodeterminação, mas, ao mesmo tempo, possuem o dever de fazê-lo da melhor maneira possível.

Finalizando a exposição da teoria política de Dworkin, Marcos Paulo Patullo ressalta que<sup>37</sup>:

[...] os dois princípios constitutivos da dignidade da pessoa humana representam a relação peculiar existente entre indivíduo e comunidade no pensamento dworkiniano, eis que o princípio do valor intrínseco da pessoa humana reflete a preocupação comunitária com o sucesso da vida de cada cidadão, ao passo que o princípio da responsabilidade individual representa a reafirmação dos dogmas da doutrina liberal, conferindo ao indivíduo o papel de protagonista na conformação de sua personalidade, mas, ao mesmo tempo, possui um aspecto obrigacional, que atribui ao cidadão o dever de

---

dmdocuments/vera.pdf. Acesso em: 20 dez. 2013.

34 PATULLO, op. cit. Acesso em: 19 dez. 2013.

35 Ibidem.

36 Ibidem.

37 Ibidem.

otimização existencial, como forma de garantir não apenas o sucesso da vida individual, mas também da comunidade como um todo.

Desta feita, o anseio pelo respeito aos direitos constitucionais não incumbe apenas àqueles que estão sofrendo uma restrição e nem apenas ao Estado (instituição), mas a todos os cidadãos, que precisam almejar a consolidação do ideal democrático através do respeito aos princípios de igualdade, da liberdade, da preservação da dignidade humana e de todos aqueles que compõem o rol de direitos fundamentais. O respeito que o indivíduo possui pela própria vida é indissociável do respeito que se deve ter pela vida de seus concidadãos. E a esse propósito, Dworkin afirma, que *“você não pode agir de uma forma que denegue a importância intrínseca de qualquer vida humana sem insultar a sua própria dignidade”*.<sup>38</sup>

Ao mesmo passo, cada indivíduo tem o direito à autodeterminação, mas o equivalente dever de fazê-lo da melhor maneira possível, o que repercute no conseqüente bem estar de toda a comunidade.

Ambos os princípios que compõem a dignidade da pessoa humana para Dworkin configuram, portanto, uma via de mão dupla, com toda a comunidade trabalhando em prol do indivíduo por meio do valor intrínseco, que deve nortear seus atos, e através do indivíduo exercendo sua autodeterminação da melhor maneira possível, ou seja em favor de si próprio, porém com vistas ao bem estar da coletividade.

Consoante esse ideal de dignidade, a todos os pais se destina o direito de criar, educar e cuidar de seus filhos da melhor maneira possível sendo esse também o seu dever. Às crianças deve ser proporcionado o direito ao melhor desenvolvimento, tangendo ao Estado, sob fiscalização da sociedade, garantir um ambiente jurídico favorável, democrático e isonômico para a consecução desse mister, sob pena de frontal ofensa à dignidade dessas famílias e de prejuízos não apenas individuais, mas que certamente serão suportados por toda a sociedade, na medida em que as pessoas individualmente prejudicadas - relegadas a piores condições de formação afetiva, psicológica e social - podem disseminar a amargura que experimentaram, retornando com menores índices de desenvolvimento escolar e rendimento no trabalho e maiores probabilidades de criminalidade.

Não existem, famílias de primeira e segunda categoria, já que as diversas modalidades de entidades familiares devem ver preservados, em igualdade de condições, todos os direitos inerentes ao seu saudável desenvolvimento. É discriminatória qualquer interpretação legal que privilegie uma espécie de entidade familiar em detrimento de outra, ou que seja capaz de impingir algum grau de inferioridade ou sacrifício da pessoa dos cônjuges ou dos filhos.

38 PATULLO, op. cit.

A Constituição também previu expressamente a proteção à maternidade e à infância, inseridas no Art. 6º, além do princípio da proteção integral à criança, a partir do seu reconhecimento como pessoa em desenvolvimento e carente de cuidados especiais, devendo ser protegida pela família, pela sociedade e pelo Estado.

A teoria de proteção integral à *criança* parte da compreensão de que as normas que cuidam de crianças e de adolescentes devem concebê-los como cidadãos plenos, porém sujeitos à proteção prioritária, tendo em vista que são pessoas em desenvolvimento físico, psicológico e moral.

Trata-se de verdadeira doutrina consagrada na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e da Organização das Nações Unidas (1989) e na Declaração Universal dos Direitos da Criança (1959), assim como na Constituição da República Federativa do Brasil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que designa um sistema em que crianças e adolescentes, até 18 (dezoito) anos de idade, são considerados titulares de interesses subordinados, frente à família, à sociedade e ao Estado, cujos princípios, estão sintetizados no caput do artigo 227 da Constituição Federal.

Esse também o espírito do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 –, quando estabelece os direitos das crianças e os procedimentos para adoção. Ênfase para os artigos 3º, 4º, 20, 41 e 42, os quais definem a doutrina da proteção integral, estabelecem as obrigações a serem observadas pela família, sociedade e poder público e enfatiza a absoluta igualdade de direitos entre filhos adotados e biológicos.

As licenças maternidade, paternidade e à adotante dos servidores públicos, embora regulamentadas por normas de direito administrativo, são direitos fundamentais de cunho social que efetivam a proteção constitucional do núcleo familiar do servidor, tutelando o seu direito ao afastamento do trabalho para se dedicar exclusivamente aos cuidados com o filho recém-nascido ou recém adotado, sem prejuízo da continuidade do vínculo de trabalho e do cômputo do período para todos os fins de direito, tais como aposentadoria, aferição de antiguidade para fins de promoção e remoção, etc.

Conforme visto no primeiro capítulo, esses direitos são decorrência da ampliação da tábua de direitos durante o paradigma do Estado Social, surgido das reivindicações de uma distribuição mais justa da riqueza produzida e de uma defesa mais efetiva contra os riscos produzidos socialmente<sup>39</sup>. O reconhecendo do caráter humano do trabalhador, bem como dos outros papéis sociais por ele desempenhados – como os de pais e mães, igualmente importantes para a comunidade – foram uma forma de minimizar os nefastos efeitos da crescente desigualdade das posições do poder econômico e das condições sociais ocorridos durante o Estado Liberal.

---

39 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Coesão Interna Entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2014.



Essas licenças correspondem, pois, à tutela previdenciária do servidor que rege a específica proteção da família e da criança quando do seu nascimento, relativamente ao seu direito de ser assistida por um dos pais, ao seu direito à adaptação ao mundo exterior e de integração à família que o recebe. Trata-se de período destinado à construção de laços e relações afetivas e aos cuidados com o recém-nascido, assim como à reorganização da família em torno do novo membro que chega.

As licenças maternidade, paternidade e à adotante não podem, portanto, ser enxergadas senão como instrumentos viabilizadores da efetiva proteção à família e ao desenvolvimento da criança em estágio extremamente especial de sua vida, qual o seja o nascimento ou ainda quando da fase inicial de sua inserção em uma família substituta, através da adoção.

Quem seria então o real destinatário da licença maternidade: mãe, a criança, a família?

Como acabou de ser dito, a regulamentação das licenças maternidade, paternidade e à adotante são instrumentos jurídicos que visam tornar concreta a proteção à família e à situação peculiar de cuidados com uma pessoa em desenvolvimento, ou seja visam à preservação da dignidade e do saudável desenvolvimento familiar. Claro que a mais importante das licenças é à maternidade, dado o prazo muito maior. E é sobre essa que mais relava destacar não tratar-se de um benefício propriamente voltado à proteção da mulher.

Para ilustrar, necessário citar o exemplo da Lei 11.804/08 que disciplina o pagamento dos alimentos gravídicos, os quais, embora pagos à mãe, se destinam à criança que está sendo gestada. A mãe apenas atua como intermediária no recebimento dos alimentos gravídicos, na condição óbvia de quem gesta aquela vida em formação e de protetora do bebê que está em seu ventre. Porém, os alimentos são, sem dúvida, destinados à proteção da criança, para que se desenvolva saudável no seio materno e para que possa contar com a contribuição do pai também nessa fase e não apenas após o nascimento. Por óbvio, um bebê é sempre fruto e responsabilidade de duas pessoas e se o pai existe e é conhecido também ele tem o dever de contribuir para o sustento e o bom desenvolvimento da criança desde a gestação.

Igual é a situação da licença maternidade, concedida à mulher enquanto cuidadora natural e mais próxima da criança que nasceu de seu ventre, mas destinada a assegurar a proteção e o bom desenvolvimento do bebê. E não é possível enxerga-la de outra maneira, porquanto se a licença se destinasse tão somente à mãe duraria apenas o tempo necessário à sua recuperação, variando a depender do tipo de parto e de complicações de saúde medicamente comprovadas, e não se caracterizaria em uma licença especial - à maternidade - com um prazo pré-determinado e tão elástico, mas se constituiria em mais uma hipótese de licença para cuidados com a própria saúde da servidora.

Alguns podem questionar e dizer que a licença maternidade se destina à amamentação, o que, por natureza, somente a mulher pode realizar. De fato, esse também é um de seus aspectos. Mas, se se destinasse exclusivamente à amamentação, como ficariam os casos em que a própria mãe não consegue amamentar o filho de forma natural? Estaria perdido o direito à licença? Por certo que não, pois o instituto não se restringe a esse aspecto.

A licença à gestante possui contornos muito mais amplos, destinando-se aos cuidados com a saúde do bebê - extremamente vulnerável a doenças e infecções -, inclusive com sua alimentação especial, mas também à adaptação da criança ao mundo que se lhe apresenta, à formação de laços psicológicos e afetivos entre o bebê e a família - nela incluída o pai, quando presente -, e à adaptação da família àquele novo ser humano que se agrega, bem como às providências para ser localizada uma pessoa ou instituição idôneas e confiáveis que possam tomar conta da criança - mais crescidinha - na ausência dos pais, sobretudo no retorno ao trabalho, quando os cuidados com o bebê não serão mais exclusivos.

Trata-se, por isso, de instituto com vistas ao saudável desenvolvimento familiar, célula mais importante da sociedade, que precisa ser respeitada, preservada e cuidada, com igual respeito e consideração, independentemente da modalidade em que se enquadre, para promover futuros bons resultados e participações positivas em benefício dos demais membros da coletividade.

### **3 A LICENÇA PATERNIDADE NO SERVIÇO PÚBLICO NO CASO DE AUSÊNCIA DA FIGURA DA MÃE**

#### **3.1 A previsão legislativa e o entendimento administrativo e jurisprudencial atuais**

As licenças maternidade e paternidade dos servidores públicos são acolhidas como direitos sociais do trabalhador no Artigo 7º, incisos XVIII e XIX da Constituição que disciplinou expressamente o prazo de 120 (cento e vinte) dias para a licença à gestante, mas delegou ao legislador ordinário a fixação do prazo para a licença paternidade.

As licenças foram regulamentadas pelos artigos 207 a 210 da Lei 8.112/93, relativamente aos servidores públicos, que manteve o prazo estabelecido pelo Constituinte quanto à licença maternidade e simplesmente copiou o prazo de 05 (cinco) dias do Artigo 10, §1º do ADCT quanto ao afastamento paterno.

Em complementação à regulamentação da licença à gestante e à adotante, em 10 de setembro de 2008, foi sancionada a Lei nº 11.770 que institui o Programa Empresa Cidadã e prorroga por 60 dias a duração da licença-maternidade prevista na Constituição Federal. No caso dos

servidores públicos federais do Poder Executivo, foi editado o Decreto Executivo 6.690/08 que instituiu o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabelecendo os critérios de adesão ao Programa. Nenhuma alteração foi realizada em relação à licença paternidade.

Verifica-se uma gritante diferença entre os prazos estabelecidos para a licença maternidade, cuja previsão pode chegar a 180 (cento e oitenta) dias para a mulher servidora, e a licença paternidade fixada em 05 (cinco) dias.

Infelizmente, o legislador ordinário, que poderia ter enfrentado as hipóteses de ausência da mãe, limitou-se a repetir o teor do Art. 10, §1º do Ato das Disposições Transitórias, que, como o próprio nome informa, regulou transitoriamente a matéria até que uma lei, mais bem discutida e elaborada, específica sobre o assunto, regulamentasse o dispositivo constitucional.

A previsão normativa, omitindo-se sobre as hipóteses de ausência materna, acabou por levar em consideração apenas a situação em que a criança será assistida por uma mãe e um pai - ambos necessariamente. Assim, a criança estará assistida pela mãe durante cento e oitenta dias e terá também o pai por perto nos primeiros cinco dias de vida. Outra conclusão não se avista, afinal de contas o prazo para a licença maternidade foi fixado com fundamento nas necessidades de cuidado com a criança, de modo que não guarda nenhuma coerência com a Constituição, nem com o ordenamento como um todo, uma afirmação no sentido de que a criança que tenha a sorte de contar com presença da mãe seja acompanhada por um adulto durante cento e oitenta dias, enquanto aquela que a perdeu fique à mercê de sua própria sorte, contando com o pai apenas durante seus primeiros cinco dias de vida.

Dito de outra forma, se ficou estabelecido que a criança precisa de cento e oitenta dias, pelo menos, de cuidados maternos, que ocorrerão de forma exclusiva, como será possível o seu desenvolvimento e assistência em caso da inexistência da figura materna?

Aparentemente foram relegadas ao limbo jurídico as famílias homoafetivas masculinas e monoparentais masculinas (decorrentes da perda da mãe durante ou logo após o parto ou da adoção por homem solteiro), em que inexistente a figura feminina. Depara-se, portanto, como um *hard case*, porquanto impossível encontrar uma resposta baseada na simples subsunção do fato concreto à norma geral e abstrata.

Nada obstante, esse “limbo” é apenas aparente porque a controvérsia encontra sim resposta no ordenamento jurídico, pois no contexto do Estado Democrático de Direitos e diante dos princípios constitucionais de igualdade, dignidade humana, proteção à família e à criança é inadmissível concordar que os filhos havidos nessas famílias serão assistidos por um adulto da família de forma exclusiva durante irrisórios cinco dias após o nascimento.

Em que pese o vanguardismo da própria Constituição no que diz respeito às relações familiares, a lei regulamentadora acabou por

perpetuar ranço do ordenamento antigo, num trabalho quase preguiçoso de cópia do ADCT, com previsão das licenças maternidade e paternidade apenas nas hipóteses mais tradicionais da antiga estrutura social, qual seja a família assentada no casamento entre homem e mulher, sem tratar do afastamento do pai nos casos em que a mulher não se afigura presente.

Passadas mais de duas décadas da promulgação Constituição, a sociedade evoluiu muito, tanto para introjetar as famílias monoparentais, especialmente a adoção por homem solteiro, como para aceitar as uniões homoafetivas e as famílias daí advindas. Acompanhando a mutação social, a doutrina e a jurisprudência avançaram e passaram a reconhecer o caráter exemplificativo do rol constitucional e tutelar todas as possíveis espécies de famílias que pudessem surgir.

Recentíssima alteração legislativa promovida pela Lei 12.873/2013 adequou a Lei 8.213 - que trata dos benefícios previdenciários dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social - ao texto constitucional, ampliando o prazo da licença adotante e estendendo-a ao segurado homem, bem como concedendo a licença maternidade ao segurado do sexo masculino nos casos de falecimento da mãe, senão vejamos:

LEI 12.873/2013: Nova Redação Lei 8213: *“Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias. § 1o O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social. § 2o Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.” (NR)*  
*“Art. 71-B. No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário maternidade. § 1o O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário. § 2o O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário e será calculado sobre: I - a remuneração integral, para o empregado e trabalhador avulso; II - o último salário-de-contribuição, para o empregado doméstico; III - 1/12 (um doze avos) da soma dos 12 (doze) últimos salários de contribuição, apurados em um período não superior a 15 (quinze) meses, para o contribuinte individual, facultativo e desempregado;*

O legislador pátrio finalmente reconheceu o caráter familiar das licenças maternidade e paternidade, porém a alteração legislativa restringiu-se aos segurados vinculados ao Regime Geral de Previdência Social, o que evidencia ainda mais a injustiça quanto aos servidores públicos – subordinados a regime próprio de previdência – quando não é realizada uma interpretação que promova a integridade do ordenamento jurídico e não institua a igualdade entre os trabalhadores dos setores privado e público, a quem se destinam idênticos direitos sociais constitucionalmente previstos.

Necessário explicitar que, mesmo antes da alteração legislativa acima mencionada, já existiam decisões judiciais favoráveis à concessão benefício de salário maternidade para homens, demonstrando que a Constituição não se resume apenas à literalidade dos seus textos, sendo a interpretação o instrumento necessário para promover a coerência e o caráter harmônico do ordenamento jurídico, mediante a aplicação às situações concretas<sup>40</sup>:

RECURSO CÍVEL Nº 5002217-94.2011.404.7016/PR<sup>41</sup>

RELATOR : GUY VANDERLEY MARCUZZO

RECORRENTE : VALDECIR KESSLER

ADVOGADO : FABIANE ANA STOCKMANN S

RECORRIDO : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
EMENTA

SALÁRIO-MATERNIDADE. REQUERENTE O PAI VIÚVO. ART.  
71 DA LEI 8.213/91.

INTERPRETAÇÃO AMPLIATIVA.

VOTO DIVERGENTE

O autor teve o pedido de salário-maternidade indeferido, ante a impossibilidade jurídica, considerado tratar-se de segurador do sexo masculino. A premissa adotada pelo voto do relator, para manter a sentença de improcedência, conquanto correta, não me parece possa ser invocada para essa excepcional situação vivida pelo recorrente. Foi o que me levou a divergir de Sua Excelência, para o que peço licença. A esposa do autor faleceu no sétimo mês de gestação, o que obrigou os médicos a uma cesariana de emergência para antecipar o nascimento do bebê, única de forma de salvar a sua vida, já que a da mãe a esta altura já não poderia ser salva. O autor, então, viu-se, de uma só vez, viúvo e responsável pelos cuidados de uma criança prematura. O INSS lhe negou o salário-maternidade porque a lei só fala em seguradora, o que pressupõe requerente mulher. De fato, o art. 71 da Lei 8.213/91 diz que o benefício é devido à seguradora. *Isso, todavia, não impede que a lei seja lida à luz de circunstâncias excepcionais.* De ordinário, como presumiu o legislador, a

<sup>40</sup> MARQUES, op. cit.

<sup>41</sup> RECURSO CÍVEL Nº 5002217-94.2011.404.7016/PR. Disponível em: <[www.http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-acordao.pdf](http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-acordao.pdf)> Acesso em: 05 set. 2013.

criança, ao nascer, tem uma mãe que lhe promova os cuidados primeiros. Sendo a mãe segurada, fará jus ao benefício pelo período legalmente estabelecido, como forma de permitir que, na sua vigência, possa a genitora dedicar-se, com a exclusividade que o momento exige, à tarefa de ser mãe. *Situações excepcionais, todavia, exigem interpretação excepcional.* No caso, a criança veio ao mundo órfã de mãe e a única pessoa de que dispunha para exercer o papel da mãe era o pai, por acaso segurado do RGPS. *Penso que seja fundamental à compreensão da controvérsia a fixação de uma premissa, qual seja, a de que o benefício tem como destinatário a própria criança, muito embora deferido à mãe.* Com efeito, é a criança quem precisa dos 120 dias para adequar-se à vida extrauterina e à rotina do novo lar. O salário-maternidade não é um benefício por incapacidade, já que a incapacidade decorrente propriamente do trabalho do parto não dura obviamente o lapso previsto no art. 71 da Lei 8.213/91. O salário-maternidade representa em verdade, para o bebê, a garantia de que terá à sua disposição alguém que lhe seja inteiramente dedicado durante período de tempo mínimo necessário para o seu pleno desenvolvimento nos primeiros meses de vida, sem que essa dedicação signifique qualquer diminuição do rendimento familiar, já por si mesmo abalado pela chegada de mais um membro. No caso dos autos, essa pessoa era o pai, não a mãe. Disso resulta que, ausente a mãe, como destinatária natural do benefício, mas presente o pai, que assumiu, em face da viuvez prematura, os cuidados com a criança, é ele também destinatário, por substituição, do salário-maternidade. *Essa conclusão também pode ser extraída de forma direta da norma do art. 227 da Constituição Federal que, ao partilhar a responsabilidade pela vida dos menores entre pais, sociedade e Estado, permite sem dúvida uma leitura extensiva do texto do art. 71 da Lei 8.213/91, para amoldar o seu texto a situações excepcionais como a espelham os autos.* Além disso, vejo que o autor é segurado do RGPS, de forma que estão presentes todos os requisitos para a concessão do benefício desde a DER. Poderão ser descontados eventuais valores já percebidos pela mãe falecida. Esse o contexto, pedindo redobrada vênia ao relator, dou provimento ao recurso para julgar procedente o pedido. Os valores devidos estarão sujeitos a juros e correção nos termos da Lei 11.960/09. Liquidação a cargo do juízo de origem.

Ante o exposto, voto por DAR PROVIMENTO AO RECURSO. Curitiba, 28 de fevereiro de 2012. *Leonardo Castanho Mendes Relator para Acórdão*

Apesar de favorável à tese que aqui se desenvolve, observa-se da decisão que lhe falta fundamentação, sobretudo quanto a uma melhor explicitação em relação à força dos princípios subjacentes, capazes de garantir a segurança do sistema jurídico, o que também é pressuposto para atender ao princípio da integridade.

A *ratio decidendi* é que justifica a norma criada para o caso concreto e protege o ordenamento de uma inovação que não se coadune com o sistema enquanto conjunto harmonioso.

O acórdão acima citado reformou uma sentença de primeiro grau que negava o direito ao pai de fruir a licença paternidade nos mesmos moldes da licença maternidade. É de se ressaltar que o relator do recurso, GUY VANDERLEY MARCUZZO, era contrário ao seu provimento tendo sido voto vencido no acórdão, merecendo ser transcrita a sua decisão para análise:

### VOTO

Por meio da presente demanda, busca o autor, viúvo, de sexo masculino, a concessão do benefício de salário-maternidade em decorrência do nascimento de sua filha Aryani Emilly Nieradka Kessler, ocorrido em 07/11/2010 e, cuja mãe, esposa do autor, faleceu aos 09/11/2010.

Proferida a decisão, foi julgado improcedente o pedido.

Inconformado, o Autor interpôs o presente recurso, a fim de ver reformada a sentença, afirmando que o seu pedido sequer foi aceito administrativamente. Aduz que o benefício de salário-maternidade não foi negado ao recorrente, mas a menor que necessita de proteção nos primeiros meses de vida (no caso de cuidados especiais, pois que nasceu prematuramente e com apenas 1,5 kl). Alega que sendo empregado e segurado da Previdência Social, cumpre a carência exigida para o benefício pleiteado: assumiu o lugar da mãe falecida, tendo necessidade de se afastar do trabalho para cuidar de sua filha, entendendo que estão presentes os requisitos para receber o benefício, como pai e único responsável pela proteção da menor. Socorre-se, para a solução do pleito, da aplicação de analogia, costumes e princípios gerais do Direito.

Com decurso de prazo do réu, vieram-me os autos conclusos.

No intuito de produzir provas materiais apresentou no evento 1: certidão de casamento com anotação de óbito (CERTCAS7), certidão de óbito da esposa Silvana Terezinha Nieradka Kessler (CERTOBT8), certidão de nascimento da filha Aryani Emilly Nieradka Kessler (CERTNASC9), contrato de trabalho, em aberto, com termo inicial em 07/05/2006 para a Sadia S/A (CTPS3), documento médico da esposa Silvana (OUT11) entre outros.

*Ocorre que não existe previsão legal de o benefício de auxílio-maternidade para o pai, para o segurado/pessoa do sexo masculino. O salário-maternidade encontra previsão no art. 71 da Lei nº 8.213/91, que dispõe:*

‘Art. 71 - O salário-maternidade é devido à segurada da Previdência Social, durante 120 dias, com início no período de 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade,

sendo pago diretamente pela Previdência Social'. (sem grifos no original)

Conforme se depreende do dispositivo citado, há duas exigências previstas para a concessão do benefício de salário-maternidade: a primeira é que a parte autora seja segurada da Previdência Social e a segunda, por óbvio, diz respeito à própria maternidade.

O autor detém, comprovadamente, a qualidade de segurado da Previdência Social, *entretanto, o salário-maternidade é proteção à trabalhadora gestante, evidenciando-se a proteção da mulher gestante, portanto, é o benefício pago à segurada gestante durante o período de afastamento de suas atividades, no prazo de 28 dias antes e 91 dias após o parto.*

Castro, Carlos Alberto Pereira de Manual de Direito Previdenciário/ Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari - 10. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

843p, na p. 614-v, citando [...] Ruprecht, mencionando a posição de Chantal Paöli, do Bureau Internacional do Trabalho, sustenta a magnitude da proteção social da mulher gestante: 'Trata-se de preservar sua função fisiológica no processo da criação, facilitar o cuidado dos filhos e a atenção à família, garantindo seus interesses profissionais e sua renda no mercado de trabalho, sem diminuir nem deteriorar sua condição feminina'.[...] (sem grifos no original)

*Portanto, não há como acolher as alegações do autor, vez que não detém a qualidade de segurada, por ser trabalhador do sexo masculino e lhe faltar também o segundo requisito da lei que, como dito acima, diz respeito à própria maternidade.*

Desta forma, não merece reparos a sentença proferida, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos, aos quais acrescento os acima expostos.

Condeno o Autor ao pagamento de honorários advocatícios no valor de 10% do valor dos atrasados, cuja verba fica suspensa em razão da concessão da justiça gratuita.

Tenho por prequestionados - desde logo e a fim de evitar embargos de declaração protelatórios - todos os dispositivos legais e constitucionais mencionados no recurso, uma vez que a Turma Recursal não fica obrigada a examinar todos os artigos invocados, desde

que decida a matéria questionada sob fundamento suficiente para sustentar a manifestação

jurisdicional.

Ante o exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Guy Vanderley Marcuzzo



Observa-se do voto vencido que a justificativa para negar o direito do requerente restringiu-se a argumentação de ausência de previsão legislativa expressa, além de tratar a licença maternidade como um instituto de proteção exclusiva da mulher. Com a devida vênia, a decisão demonstra uma insensibilidade simplificadora e que não leva em conta um único princípio dentre aqueles muitos que regem a matéria. O julgador não observou o ordenamento em seu conjunto, restringindo-se a olhar um único texto normativo, completamente dissociado do contexto dos direitos sociais em que se inserem os institutos das licenças maternidade e paternidade, suas finalidades e as previsões constitucionais sobre a família e a criança.

Novamente obsequiando a decisão, o julgador simplesmente desconheceu direitos dos envolvidos e enfocou a questão do ângulo de um único instrumento normativo, conduta incompatível com o atual paradigma do Estado Democrático de Direitos e que terminou por subverter o próprio valor da segurança jurídica que se pretendeu assegurar<sup>42</sup>.

O juiz não pode se descurar de que o discurso judicial de aplicação em muito difere do discurso legislativo de justificação – regido pela exigência de universalização e abstração – vez que essencialmente ligado às exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso.<sup>43</sup>

Em explicação à teoria de Dworkin, Vera Karan Chueiri e Maria Joanna Sampaio ressaltam ser primordial ter em mente que a efetivação da norma não se extingue com a sua elaboração, que se constitui apenas no início desse processo. Por razões de tempo limitado e conhecimento finito, no momento da criação da norma, os participantes não conseguem prever todas as suas possíveis aplicações, por isso é necessário que o Judiciário, por meio de um discurso de aplicação, adequa a norma abstrata à situação em que ela está inserida. O juiz, destarte, faz parte de um processo de criação do Direito, não se constituindo em mero reproduzidor do direito criado pelo legislativo. A aplicação de uma norma é, portanto, um trabalho de criação e recriação constante do direito, de modo que o mister jurisdicional de fazer cumprir os direitos dos quais os cidadãos são possuidores são uma continuidade ao trabalho dos poderes Executivo e Legislativo.<sup>44</sup>

Sobretudo nos casos não regidos por um regramento expresso, os membros de uma comunidade tem o direito à interpretação do ordenamento enquanto sistema harmônico, que seja capaz de concretizar princípios em sintonia com as particularidades do caso concreto.

42 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: Ed. UnB. 2º Semestre de 1998.

43 *Ibidem*.

44 CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/vera.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

Conforme ressalta Raphael Marques Peixoto de Paula:

Cabe ressaltar, entretanto, que essa criatividade do Judiciário não é realizada arbitrariamente, não sendo possível aos juízes legislar discricionariamente, possibilidade essa combatida com veemência pela teoria de Dworkin, que se opõe ferrenhamente ao decisionismo criado pelo positivismo jurídico. Para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada.<sup>45</sup>

Cabe ressaltar, entretanto, que essa criatividade do Judiciário não é realizada arbitrariamente, não sendo possível aos juízes legislar discricionariamente, possibilidade essa combatida com veemência pela teoria de Dworkin, que se opõe ferrenhamente ao decisionismo criado pelo positivismo jurídico. Para Dworkin, os juízes, como qualquer autoridade política, estão sujeitos à doutrina da responsabilidade política, que requer uma consistência articulada<sup>46</sup>.

Desse modo, a decisão judicial precisa ser consistente com o direito vigente e entre uma decisão que protege o ordenamento e outra que não, os envolvidos tem direito à primeira interpretação.<sup>47</sup> O julgador deve ser capaz de se colocar no lugar de cada um dos envolvidos, de buscar ver a questão de todos os ângulos possíveis e, assim, proceder racionalmente à escolha da única norma plenamente adequada à complexidade e à unicidade da situação de aplicação que se apresenta.<sup>48</sup>

Nessas hipóteses de ausência da figura da mãe, sempre que o olhar do julgador se voltar para os princípios, desejando conferir continuidade à integridade do ordenamento o resultado alcançado pela decisão convergirá para a concessão da licença paternidade nos mesmos moldes da licença a maternidade.

Os Tribunais Regionais Federais 3<sup>a</sup> e 4<sup>a</sup> Regiões, também já enfrentaram a questão e criaram uma regra para o caso concreto mais condizente com a Constituição e seus princípios:

Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 494078 N° Documento:  
1 / 206

Processo: 0036057-75.2012.4.03.0000 UF: SP Doc.: TRF300442496

45 MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. N.º 1. 2010.

46 CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/vera.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

47 Ibidem.

48 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

*Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL FAUSTO DE SANCTIS*

Órgão Julgador: SÉTIMA TURMA

*Data do Julgamento: 21/10/2013*

*Data da Publicação/Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/10/2013*

**VOTO**

Em que pesem as alegações do agravante, reitero os argumentos expendidos por ocasião da prolação da Decisão monocrática alvo do presente Agravo.

Por oportuno, reproduzo parte da explanação contida na Decisão agravada:

[..]

O salário-maternidade, na dicção do artigo 71 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, é devido às seguradas da Previdência Social durante o período de 120 (cento e vinte) dias, sendo que o início desse benefício deve ocorrer entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade.

[..]

No caso concreto, deve ser levado em conta o verdadeiro objetivo da licença-maternidade e do salário-maternidade que é a proteção do menor. Nada mais razoável que conceder o benefício previdenciário ao pai viúvo, que se deparou com um filho recém-nascido, alijado da proteção e dos cuidados maternos pelo óbito da mãe, sua companheira, em decorrência de complicações pós-parto.

Obviamente, nesta situação, este pai deverá exercer além de suas funções, também as funções que seriam esperadas de sua esposa, em esforço hercúleo para suprir tal ausência, tanto fisicamente quanto emocionalmente, nos cuidados aos seu filho, que agora depende única e exclusivamente do agravado, em todos os aspectos.

O art. 226 da CF estabelece que a família, base da sociedade, goza da proteção especial do Estado. A proteção à infância faz parte dos Direitos Sociais, expressos no Art. 6º da Carta Magna.

Por fim, temos ainda o art. 227 da CF, que assim preconiza:

“É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma

de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Não se olvide que a licença-paternidade está prevista também na Constituição Federal, no inciso XIX de seu artigo 7º, nos termos fixados em Lei. Já o ADCT estabelece, em seu artigo 10, § 1º:

“§ 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias.”

Tal norma transitória é a utilizada para a concessão da licença-paternidade, tendo em vista não existir, até hoje, a lei regulamentadora.

É importante salientar também, que com a concessão do pedido, não haverá quebra do equilíbrio atuarial da Seguridade Social, pois o genitor da criança tem a qualidade de segurado, inclusive com contribuições regulares aos cofres do INSS.

*Trata-se em verdade, de verdadeiro confronto de Princípios Constitucionais, em que deve preponderar o Direito à Vida e à Dignidade da Pessoa Humana, materializados, nesse caso, na vida dessa criança, que necessita dos cuidados paternos por um tempo maior, em virtude de situação tão dolorosa.*

*Assim já decidiu esta Egrégia Corte, com relação ao salário-maternidade, porém o raciocínio é o mesmo para a licença-maternidade, pois aquele é consequência desta:*

**PREVIDENCIÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. ÓBITO DA GENITORA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO EM NOME DO GENITOR. POSSIBILIDADE.** - O salário-maternidade encontra-se disciplinado nos artigos 71 a 73 da Lei nº 8.213/91, consistindo em remuneração devida a qualquer segurada gestante durante 120 dias, com início no período entre 28 dias antes do parto e a data de ocorrência deste ou, ainda, à mãe adotiva ou guardiã para fins de adoção, durante 120 dias, em se tratando de criança de até 1 ano de idade, 60 dias, se entre 1 e 4 anos e 30 dias, de 4 a 8 anos. - O direito da adotante ao salário-maternidade foi inovação introduzida pela Lei nº 10.421, de 15 de abril de 2002. - Os cuidados com a criança norteiam o sistema previdenciário, no tocante ao referido benefício, tanto é que, nos casos de adoção, se presume a menor necessidade de auxílio quanto maior for a idade do adotado. Não se trata apenas de resguardar a saúde da mãe, interpretação que apenas teria sentido se mantida a proteção à mãe biológica, nos moldes da redação original da Lei nº 8.213/91. Com a extensão do direito à mãe adotiva, resta claro que se deve dar à palavra maternidade conotação mais ampla, dissociando-a

*daquela relacionada apenas ao parto e aleitamento, e ressaltando-se o direito da criança à vida, à saúde, à alimentação, garantido pela Constituição, no artigo 227, e instituído como dever da família. - Possibilidade de aplicação dos expedientes previstos no artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, conforme redação dada pela Lei nº 12.376/2010. - Na hipótese em que a mãe venha a falecer, considerando-se o interesse da criança em ter suas necessidades providas, possível a concessão do benefício, por analogia, ao pai, ora viúvo, concretizando-se a garantia prevista no artigo 227 da Constituição Federal. - O benefício é previsto na legislação previdenciária, por prazo determinado, com sua respectiva fonte de custeio, e foi concedido a segurado (contribuinte) do Regime Geral. - Agravo de instrumento a que se nega provimento.*

(AI 00273078420124030000, DESEMBARGADORA FEDERAL THEREZINHA CAZERTA, TRF3 - OITAVA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:08/02/2013 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

A concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, como pleiteada pelo autor é que, nesse caso específico, dá máxima efetividade ao Texto Constitucional.

*À vista do referido, é possível concluir, em juízo de cognição sumária, pelo preenchimento dos requisitos exigidos para a implementação, em sede de tutela antecipada, da licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade e também da sua remuneração no período, ou seja, o salário maternidade correspondente à licença, calculado com base no salário-de-contribuição do agravado, por estarem presentes os critérios do artigo 273 do Código de Processo Civil, como acertadamente determinou a r. Decisão agravada (fls. 23/25).*

Com tais considerações, NEGOU PROVIMENTO ao Agravo. É como voto. (grifei)<sup>49</sup>

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 5008880-55.2012.404.7200/SC

RELATOR: FERNANDO QUADROS DA SILVA

APELANTE: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

APELADO: JOAO BATISTA ZATT

ADVOGADO: GREICE MILANESE SÔNEGO OSORIO

MPF: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

VOTO

<sup>49</sup> Acórdão proferido no Agravo de Instrumento n.º 0036057-75.2012.4.03.0000/SP. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00360577520124030000>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

Tratando-se de mandado de segurança, a remessa oficial é devida quando concedida a ordem, ainda que parcialmente, nos termos do artigo 14, § 1º, da Lei nº 12.016/2009. Assim, no caso em apreço, há fundamento para o recurso de ofício.

No mérito, certo que o Magistrado *a quo* deslindou com precisão a lide, merecendo ser mantida a sentença prolatada por seus próprios fundamentos, *verbis*:

#### *I - Relatório*

*Trata-se de ação na qual o impetrante pede para que lhe seja assegurado o direito à concessão da licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, ou seja, pelo prazo de 180 dias de afastamento remunerado, nos termos do artigo 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º, § 1º, do Decreto n.º 6.690/08, em virtude do nascimento de sua filha em 19/11/2011 e do falecimento da esposa/mãe da criança em 26/12/2011.*

*O impetrante alega que:*

*- é servidor público federal ocupante do cargo de Fiscal Federal Agropecuário;  
- sua esposa faleceu após o nascimento de sua segunda filha, em razão de complicações no parto; - com dois filhos menores em idade de quatro anos e de seis meses, respectivamente, pediu licença-paternidade nos moldes da licença maternidade, em razão do nascimento desta última filha, mas - até o momento - não obteve resposta; e - um benefício concedido à mãe em função de um direito social constitucional não pode sofrer diferenciação no caso de falecimento da mãe e pedido de licença ao pai da criança. Aqui, repita-se, mais importante que a licença à mãe, é a proteção à criança, que em tenra idade necessita de cuidados especiais dos pais.*

O impetrante instruiu o processo com procuração, documentos e com o comprovante do recolhimento das custas processuais (evento 1).

Deferi parcialmente a ordem liminar para determinar à autoridade impetrada que assegure ao impetrante o direito de gozo da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, ou seja, nos termos do artigo 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º § 1º, do Decreto n.º 6.690/08 e observados os critérios expostos na fundamentação (evento 2).

[...]

#### *II - Fundamentação*

[...]

*Tendo em vista a manutenção da decisão liminar deste Juízo, ao menos em sede de cognição sumária do TRF4, bem como a manifestação do MPF corroborando a decisão liminar, não vejo razões para modificá-la, motivo pelo qual a reedito e a utilizo como fundamentos para decidir, conforme segue.*

*A licença maternidade (inicialmente estabelecida em 120 dias para os trabalhadores em geral vinculados a regime de previdência) de servidora pública civil federal segurada pelo Regime Próprio de Previdência Público Federal pode chegar aos 180 dias - 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º, § 1º, do Decreto n.º 6.690/08.*

*Por sua vez, a licença paternidade era e continua sendo de apenas 5 dias - artigo 10, §1ª do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). Os citados benefícios estão inseridos no rol de direitos sociais do trabalhador - artigo 7º, incisos XVIII e XIX, respectivamente, da CF/88. E, muito embora a licença maternidade se refira às trabalhadoras mulheres, na realidade suas disposições associadas à outras, notadamente, os artigos 5º, caput, e 226 e 227 da mesma constituição, levam a concluir que seria discriminatório não dar o mesmo tratamento ao pai-viúvo, quando se tem que: a família é a base da sociedade; que goza de especial proteção do Estado; e que a responsabilidade pela integral proteção da criança lhe incumbe precipuamente, assim como à sociedade e ao Estado.*

Pelo visto, a proteção à infância esta constitucionalmente inserida como direito social fundamental, assegurada mediante a convivência da criança no meio familiar, onde terá, notadamente, no princípio da vida, as melhores condições de proteção.

O sustento, a guarda e a educação dos filhos são deveres de ambos os cônjuges (art. 1.566, CC) e o artigo 5º, I, da Constituição Federal estabelece, genericamente, a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações e, especificamente, determina no artigo 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

*A igualdade referida naturalmente é a de cunho material e não formal e pressupõe tratar igualmente os iguais e os desiguais na medida de suas desigualdades.*

*No caso, a interpretação constitucional (seja da citada disposição que prevê a licença maternidade, seja da que prevê a licença paternidade de apenas 5 dias) e legal não pode ser literal, mas sistêmica, com vistas a garantir a eficácia aos direitos fundamentais por meio da ponderação dos interesses envolvidos.*

*Assim - em que pese a omissão normativa específica e expressa para a concessão de licença paternidade, nos moldes da licença maternidade, quando da perda da mãe, ou seja, ao pai-viúvo -, a interpretação sistêmica, e também lógica e extensiva que se impõe é de que o direito está assegurado.*

*Afinal, se já é difícil e plenamente justificável a necessidade de concessão de licença para a mãe (que ainda podendo contar com o apoio do pai e possuindo insubstituíveis atributos, v.g., os relacionados à maior capacidade intuitiva para se comunicar e à capacidade de amamentação, a mesma necessidade de*

*licença mostra-se exponencialmente maior para os indispensáveis cuidados do filho quando o pai-viúvo tenha que se assumir sozinho o encargo de dar integral proteção ao infante.*

*Destarte, os princípios da proteção à infância e da igualdade permitem suplantar a ingênua e simplória interpretação centrada na literalidade do dispositivo legal que prevê a mesma licença paternidade de apenas 5 dias, quando o pai terá que assumir também as vezes da mãe que veio a óbito nesse período inicial de vida da criança.*

Em suma, no caso de morte da mãe, soa plausível, ao menos nesse juízo precário que faço do pedido de medida liminar, estender o benefício ao pai-viúvo pelo tempo de licença maternidade restante, deduzido/compensado o período já gozado da licença maternidade (pela própria mãe, no RGPS ou em qualquer regime próprio de previdência), bem como a licença paternidade, se não foi concomitante com aquela, e, ainda, de qualquer outra licença com remuneração que tenha obtido para o período posterior ao nascimento da filha; enfim, obedecidas as mesmas regras aplicáveis à concessão da licença maternidade.

*Anoto, por fim, que tendo a filha do impetrante nascido em 19/11/2011 e o falecimento da esposa do impetrante, mãe da criança, ocorrido em 26/12/2011, já fluiu - em tese o prazo legal previsto para gozo do benefício. Mas, como ainda não foi sequer analisado/decidido pela Administração Pública o requerimento do servidor-pai não pode ser prejudicado no direito que possui de ser licenciado do trabalho ainda nessa fase mais tenra e delicada da idade da filha que tem o dever de proteger. Por isso, a licença deverá ser concedida com a maior brevidade possível (dentro de no máximo 5 dias, contados da intimação desta decisão).*

*Em conclusão, resta deferida a licença-paternidade nos moldes da licença-maternidade, descontados os dias referentes àquela.*

[...]

### *III - Dispositivo*

*Ante o exposto, confirmo a decisão liminar, CONCEDO PARCIALMENTE a segurança e julgo o processo com resolução do mérito - art. 269, I, CPC. Por conseguinte, DETERMINO à autoridade impetrada que assegure ao impetrante o direito de gozo da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, ou seja, nos termos do artigo 207 da Lei n.º 8.112/90 c/c art. 2º § 1º, do Decreto n.º 6.690/08 e observados os critérios expostos na fundamentação.*

[...] Quando da análise do agravo de instrumento interposto pela União contra decisão que deferiu parcialmente a liminar requerida, já manifestei entendimento sobre o assunto. Mesmo proferido em sede de cognição



sumária, tenho que o mesmo deva ser mantido após aprofundamento da questão, motivo pelo qual o transcrevo a seguir:

[...]

Não se desconhece que a Administração Pública, no Estado Democrático de Direito, sujeita-se de modo especial ao princípio da legalidade, não podendo fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão nas hipóteses expressamente previstas em lei (artigo 37, caput, Constituição Federal).

Ocorre que o conceito de legalidade, modernamente, deve ser interpretado de forma condizente com os ditames do neoconstitucionalismo - modelo valorativo segundo o qual não basta a previsão normativa de direitos fundamentais, mas se mostra necessária (e imprescindível) a efetiva promoção dos direitos mínimos à existência digna. Trata-se do *conceito de juridicidade, que congrega os axiomas da legalidade com os preceitos da razoabilidade*.

José dos Santos Carvalho Filho (Manual de Direito Administrativo. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 36) explica que 'razoabilidade é a qualidade do que é razoável, ou seja, aquilo que se situa dentro de limites aceitáveis, ainda que os juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma pouco diversa.'

*Segue o doutrinador (Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 24.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 37):*

*'Assim, na esteira da doutrina mais autorizada e rechaçando algumas interpretações evidentemente radicais, exacerbadas e dissonantes do sistema constitucional vigente, é preciso lembrar que, quando se pretender imputar à conduta administrativa a condição de ofensiva ao princípio da razoabilidade, terá que estar presente a ideia de que a ação é efetiva e indiscutivelmente ilegal.*

*Inexiste, por conseguinte, conduta legal vulneradora do citado princípio: ou a ação vulnera o princípio e é ilegal, ou, se não o ofende, há de ser qualificada como legal e inserida dentro das funções normais cometidas ao administrador público.'*

*No caso dos autos, embora desapegando-se da legalidade estrita, o magistrado a quo interpretou de forma ampliativa um direito fundamental (licença-paternidade - artigo 7º, XIX, Constituição Federal), privilegiando a máxima proteção da Família (artigo 226 da Constituição Federal) e da Criança (artigo 227 da Constituição Federal), permitindo a servidor público o gozo de licença-paternidade, nos moldes da licença-maternidade, por conta de infortúnio de grande pesar: a perda da esposa, logo após o parto da segunda filha do casal.*

*Ou seja, na hipótese, está-se diante de um típico exemplo de aplicação direta da máxima da dignidade humana (artigo 1º, III, Constituição Federal), enquanto fundamento da República Federativa do Brasil. Registre-se, em acréscimo,*

*que o juízo a quo afastou qualquer forma de abuso de direito por parte do beneficiário/impetrante, determinando expressamente a dedução (do prazo da licença deferida) de qualquer outra licença remunerada eventualmente gozada no período - decisão por mim mantida, no ponto, ainda que em caráter precário, nos autos do agravo de instrumento n.º 5009432-86.2012.404.0000, em decisão assim fundamentada:*

*‘Na questão de fundo, porém, tenho que deva ser indeferido o pedido de agregação de efeito suspensivo ao agravo.*

*Isso porque o magistrado singular bem ponderou os direitos fundamentais em jogo na demanda constitucional, concedendo ao beneficiário o gozo de licença paternidade nos moldes da licença-maternidade, ou seja: à revelia de disposição legal expressa, mas com amparo em preceitos constitucionais de relevo, o juízo recorrido deferiu ao impetrante o gozo de licença remunerada por 180 (cento e oitenta) dias, tendo em vista o drama pessoal/familiar vivido (falecimento da esposa após o parto da segunda filha do casal).*

Em casos tais, não se apresenta abusiva a determinação de dedução, do benefício, do prazo já gozado (e remunerado) da licença-paternidade propriamente dita (artigo 10, §1º, ADCT, Constituição Federal), razão pela qual é de ser indeferido o pedido de agregação de efeito suspensivo ao recurso (pleito de suspensão da determinação de dedução).’ Ante o exposto, indefiro o pedido de efeito suspensivo.

[...].

Diante do exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação e à remessa oficial. Des. Federal FERNANDO QUADROS DA SILVA Relator<sup>50</sup>

É de se registrar, todavia - em que pese o brilhantismo dos julgadores e mesmo o esforço de levar os princípios mais importantes em consideração - que, em ambas, depara-se com a equivocada utilização da “ponderação de interesses” como critério de julgamento, como se pudesse haver um sacrifício dos direitos fundamentais em prol do valor ou interesse que o juiz considera melhor para todos, por intermédio de um método de balanceamento de “bens jurídicos”<sup>51,52</sup>. Para Dworkin

50 Acórdão proferido na Apelação/Reexame Necessário n.º 5008880-55.2012.404.7200/SC. Extraída de: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=5661378](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5661378)>. Acesso em 01/02/2014.

51 BENVINDO, Juliano Zaiden. *Julgar por Princípios: uma Crítica ao Julgamento Político e Econômico*. Disponível em: de <[http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Professores/Juliano\\_Zaiden\\_Benvindo/Artigos/Julgar\\_por\\_Princ%C3%ADpios\\_-\\_Uma\\_Cr%C3%ADtica\\_ao\\_Julgamento\\_Pol%C3%ADtico\\_e\\_Econ%C3%B4mico.pdf](http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Professores/Juliano_Zaiden_Benvindo/Artigos/Julgar_por_Princ%C3%ADpios_-_Uma_Cr%C3%ADtica_ao_Julgamento_Pol%C3%ADtico_e_Econ%C3%B4mico.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

52 Conforme explica Juliano Zaiden (idem): “A perspectiva de balanceamento de “bens jurídicos” é desenvolvida, especialmente, por Robert Alexy, por intermédio de seu metaprincípio da proporcionalidade. Os perigos da adoção desmesurada dessa teoria jurídica - que pretende ser um método racional, mas que se mostra apto a práticas das mais evidentes irracionalidades - ganha espaço acentuado no pensamento

não existe um verdadeiro conflito entre os princípios, nem mesmo entre a dignidade da pessoa humana, igualdade e proteção à família com o princípio da legalidade estrita como as decisões em comento fazem parecer. Os princípios podem ser contraditórios sem se eliminarem reciprocamente. E, assim, subsistem no ordenamento princípios contrários que estão sempre em concorrência entre si para reger uma determinada situação. A sensibilidade do juiz para as especificidades do caso concreto que tem diante de si é que nortearão a produção da norma adequada para uma dada situação sob enfoque.<sup>53</sup>

É preciso observar que apesar de os princípios não *ditarem* resultados, ao contrário do que ocorre com as regras – que, segundo Dworkin, são aplicáveis à maneira do tudo ou nada –, um conjunto de princípios, como os que foram usados, podem sim ditar um resultado.<sup>54</sup>

Assim, as condições do caso concreto e a história institucional é que levam a decisão para um ou outro sentido.<sup>55</sup> Mesmo porque o princípio da legalidade estrita é incapaz de responder ao caso que se apresenta para decisão, pois, como visto, conceder 05 (cinco) dias de licença ao pai, conforme está escrito na lei, implicaria necessariamente em conceder 180 (cento e oitenta) dias à mãe, que no caso faleceu no parto. Não está sendo afastado o princípio da legalidade estrita para ceder lugar a aplicação de outros princípios, mas se está observando o ordenamento enquanto conjunto, buscando nos princípios que verdadeiramente importam para solução da controvérsia uma resposta que promova a justiça e a equidade.

Cabe ressaltar que na segunda decisão, proferida pelo TRF 4ª Região, a utilização do critério de ponderação não fez a decisão perder o seu brilho, mormente diante da complementação elaborada pelo julgador de 2º grau, que justificou a equiparação das licenças mediante a imprescindível necessidade de “*promoção dos direitos à existência digna*” e a menção ao “*conceito de juridicidade, que congrega os axiomas da legalidade com os preceitos da razoabilidade*”, o que informa a perfeita convivência do princípio da legalidade com todos os demais utilizados para a concessão da segurança.

O Tribunal Regional Federal da 2ª Região igualmente se deparou com o tema sem incorrer, entretanto, na tentação de invocar a técnica da

---

jurídico nacional. Carregado de expressões conceituais e de uma pretensão metodológica-racional, infelizmente, o pensamento de Alexy tem sido aplicado sem a devida compreensão da democracia e da deontologia dos direitos. Aliás, o caso inicialmente apresentado – o “apagão” – retrata a aplicação desse princípio, que pode se direcionar, facilmente, para fins políticos, esquecendo-se da integridade do direito.”

53 CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: Ed. UnB. 2º Semestre de 1998.

54 DWORKIN, Ronaldo. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes, 2002.

55 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

ponderação, fundamentando a equiparação dos benefícios nos princípios mais importantes para a solução da controvérsia, inclusive em decisões proferidas pelo Pretório Excelso, dando continuidade à construção harmônica do sistema normativo. Aqui será citada apenas a Ementa porque muito bem resume o voto sem deixar de mencionar diretamente todas as informações relevantes para o estudo.

Nº CNJ: 0009306-04.2012.4.02.5101

RELATOR: DESEMBARGADORA FEDERAL VERA LÚCIA LIMA

APELANTE: FUNDACAO OSWALDO CRUZ - FIOCRUZ

APELADO: MARCELO GUIMARAES BARBOSA

REMETENTE: JUIZO FEDERAL DA 3A VARA-RJ

ORIGEM: TERCEIRA VARA FEDERAL DO RIO DE JANEIRO (201251010093060)

EMENTA: ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. LICENÇA AO ADOTANTE. CARÁTER DISCRIMINATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO RECONHECIDO.

-Cinge-se a controvérsia ao reconhecimento do direito ao impetrante, servidor público federal, ao gozo do benefício licença adoção, previsto no artigo 210 da Lei 8.112/90, observada a prorrogação estabelecida no artigo 2º, § 3º, II, do Decreto 6.690/2008, uma vez que, comprovadamente, vive em união estável homoafetiva e obteve, junto com o companheiro, guarda de menor em caráter provisório.

-O Pretório Excelso, ao proceder à análise do artigo 1723 do Código Civil (*Art. 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*), nos autos da ADI 4277/DF, DJe 198 - DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011, deixou assentado que *“ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do artigo 1723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de ‘interpretação conforme à Constituição’.* Isso para excluir do dispositivo em causal qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva”.

-Assim, diante da ausência de previsão legal de licença ao adotante do sexo masculino nos moldes da licença à adotante (mulher), a sua negativa implicaria em tratamento discriminatório, que deve ser evitado,

possibilitando, ainda, às crianças os mesmos cuidados dispensados por casais heterossexuais.

-A propósito, leia-se o artigo 210 da Lei 8112/90, que só prevê o benefício “à servidora”: “*Art. 210. À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada. (Vide Decreto nº 6.691, de 2008) Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.*”.

-Ademais, diante do contexto probatório, notadamente a Escritura Declaratória de Sociedade Convencional, Declaração do companheiro e adotante de que não pleitearia gozo de licença junto ao órgão em que trabalha, Termo de guarda provisória da menor, nascida em 02/08/2011, Declaração de que o impetrante é servidor da Fundação Oswaldo Cruz, órgão vinculado ao Ministério da Saúde, tendo sido concedida licença paternidade de 5 dias consecutivos, conforme o artigo 208 da Lei 8.112/90, no sentido de que não seria possível atender a equiparação de dias concedidos a servidora adotante por não haver orientação legal, vê-se que os elementos coligidos se mostram suficientes para manter a concessão parcial da ordem.

- Verifica-se, portanto, que faz jus o impetrante à concessão da licença ao adotante, da mesma forma que prevista a licença à adotante (do sexo feminino).

- Como, na espécie, a menor já teria completado um ano de idade quando do decurso do prazo de 90 dias da licença ao adotante, a prorrogação da licença deve observar, conforme decidiu o Magistrado *a quo*, o disposto no artigo 2º, § 3º, II, “b”, do Decreto 6.690/2008, que, ao instituir o Programa de Prorrogação da Licença à Gestante e à Adotante, estabeleceu os critérios de adesão ao Programa e preceituou para as servidoras públicas, em gozo do benefício de que trata o art. 210 da Lei 8.112, de 1990.

-Desta forma, mantém-se inalterada a sentença que concedeu parcialmente a segurança, consolidando a liminar deferida anteriormente, para determinar a concessão da licença ao adotante, em razão da guarda judicial obtida, por 90 (noventa) dias, nos termos do artigo 210 da Lei 8.112/90, prorrogável por 15 (quinze) dias, nos termos do artigo 2º, § 3º, II, “b”, do Decreto 6.690/2008.

-Adoção, ainda, do parecer ministerial como razões de decidir.

-Recurso e remessa desprovidos.

**ACÓRDÃO** Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas: Decide a Oitava Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso

e à remessa, nos termos do relatório e voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Rio de Janeiro, de de 2013 (data do julgamento). Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA. Relatora<sup>56</sup>

Chama-se também a atenção para os precedentes administrativos que, infelizmente, apenas de forma excepcional se inclinam para uma solução positiva, no sentido de equiparação da licença paternidade à licença maternidade. Nessa esteira, o TST, no exercício de sua função administrativa, decidiu no Processo Administrativo n.º CSJT-150/2008-895-15-00-0 - que teve como relator o Ministro Carlos Alberto Reis de Paula - concedendo licença à adotante a servidor do sexo masculino pelo período de 90 (noventa) dias<sup>57</sup>:

1 - CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. LICENÇA-ADOTANTE A SERVIDOR NA CONDIÇÃO DE PAI SOLTEIRO. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 210 DA LEI N.º 8.112/1990.

VOTO

[..]

2 - MÉRITO

Conforme consignado no relatório, discute-se nestes autos se o servidor público, solteiro, na condição de adotante de uma criança com menos de um ano de idade, possui direito à licença de 90 dias, tal qual assegurado expressamente “à servidora” no artigo 210 da Lei n.º 8.112/90, que assim dispõe, verbis:

“Artigo 210 – À servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada.

Parágrafo único. No caso de adoção ou guarda judicial de criança com mais de 1 (um) ano de idade, o prazo de que trata este artigo será de 30 (trinta) dias.”

*É importante consignar que o artigo 208 também da Lei n.º 8.112/90 prevê direito à licença paternidade, de 5 (cinco) dias, ao servidor, por ocasião do nascimento ou adoção de criança. Assim, é necessário que se proceda a uma exegese razoável dos dispositivos legais, de modo que não se conceba a fruição de períodos de licenças acrescidos, pois, sem dúvida, esse não é o escopo da norma jurídica. Ultrapassado isso, tem-se como essencial uma interpretação*

56 Acórdão proferido na Apelação/Reexame Necessário n.º 0009306-04.2012.4.02.5101/RJ. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=201251010093060&TOPERA=1>>. Acesso em 01/02/2014.

57 Decisão proferida no Processo Administrativo n.º CSJT-150/2008-895-15-00-0. Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023](http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023)> Acesso em: 05/09/2013

*sistemática do artigo 210 da Lei n.º 8.112/90 com o artigo 5º, caput, da Constituição da República, que consagra o princípio da isonomia. Com efeito, se o Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 42 da Lei n.º 8.069/90) confere a qualquer pessoa com idade superior a 21 (vinte e um) anos, independente do sexo, o direito à adoção, afigura-se-me normal que um servidor, ainda que não casado, opte por adotar ou obter a guarda judicial de uma criança. Aliás, conduta desta natureza, além de se encontrar em perfeita harmonia com o artigo 227 da Constituição da República, que prevê ser dever do Estado, da família e da sociedade assegurar, com absoluta prioridade, proteção à criança e ao adolescente, é digna de louvor, principalmente se levarmos em consideração que vivemos num país que, embora em desenvolvimento, convive ainda com elevado número de crianças em total abandono e às margens da criminalidade. Não é menos verdade que o lapso temporal de 90 dias previsto no artigo 210 da Lei n.º 8.112/90, para gozo de licença da servidora, deve-se ao fato de, em se tratando de criança com idade inferior a 1 (um) ano, serem imprescindíveis, tanto cuidados especiais e essenciais à adaptação ao novo ambiente familiar, como a aquisição de materiais a serem utilizados pela criança e, quiçá, a contratação de uma babá de confiança para zelar pelo menor. Esses cuidados, como se sabe, não deixam de ser primordiais à boa adaptação da criança, apenas por ser o adotante um servidor do sexo masculino que não tenha firmado sociedade conjugal. Aliás, eventual conclusão no sentido de se obstaculizar o direito do servidor implicaria, a meu ver, manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia, além da consagração de tese que, certamente, não conseguiu acompanhar a evolução da nossa sociedade. [...].* **ISTO POSTO ACORDAM** os Membros do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, I - por unanimidade: a) conhecer de ofício da matéria; b) no mérito, declarar a legalidade da decisão que reconheceu o direito à licença de 90 (noventa) dias ao servidor solteiro, em razão da obtenção da guarda, para fins de adoção, de criança com idade inferior a um ano; II - por maioria, vencidos os Exmos. Conselheiros Vantuil Abdala e Milton de Moura França, conferir efeito normativo ao presente acórdão, a fim de que seja editada Resolução por este Conselho Superior. Declarou-se impedido o Exmo. Conselheiro Luis Carlos Cândido Martins Sotero da Silva. Brasília, 27 de março de 2009. **MINISTRO CARLOS ALBERTO REIS DE PAULA**

Conselheiro-relator

A decisão acima merece aplausos, porquanto contextualiza a licença no ordenamento jurídico e na nova realidade social que se apresenta, interpretando a ausência de norma como aparente e buscando no ordenamento fundamentos coerentes através da utilização dos princípios que regem a matéria, bem como os elementos do caso concreto importantes para dirimir a controvérsia.

Da mesma forma já decidiu a instância recursal no âmbito da Previdência Social em caso de benefício de salário maternidade indeferido pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. A decisão de primeira instância foi revertida pela Junta de Recursos que deu provimento ao inconformismo do interessado concedendo-lhe o benefício em igualdade de condições com a mulher. Insatisfeito, recorreu o Instituto Nacional do Seguro Social, tendo assim se manifestado o Conselho de Recursos da Previdência Social<sup>58</sup>:

Número do Processo: 36474.001600/2011-27

Unidade de Origem: AGÊNCIA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL PORTO ALEGRE-CENTRO

Benefício: 80/153.957.491-9

Espécie: SALÁRIO-MATERNIDADE

Recorrente: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Recorrido: LUCIMAR QUADROS DA SILVA

Assunto: INDEFERIMENTO

Relator: NADIA CRISTINA PAULO DOS SANTOS

No caso em questão, *quem está pedindo o benefício de Salário maternidade é o Senhor Lucimar, que de acordo com a sua identidade é do sexo masculino*, e o INSS alega em seu indeferimento que não há previsão legal para concessão do benefício para pessoa do sexo masculino.

[...]

O ambiente familiar é um local onde deve existir harmonia, afetos, proteção e todo o tipo de apoio necessário na resolução de conflitos ou problemas de algum dos membros. As relações de confiança, segurança, conforto e bem-estar proporcionam a unidade familiar.

A família atual não é somente composta pelo tradicional pai, mãe e filho (s). Hoje temos as famílias compostas somente por mães solteiras e filho (s), pai solteiros e filho (s) e também por duas pessoas do mesmo sexo e filho (s), as chamadas relação homoafetiva.

Em 2011 o Supremo Tribunal Federal reconheceu as uniões homoafetivas como entidade familiar, com decisão proferida em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade, e ninguém pode negar que estas uniões são uma entidade familiar, sinônimo perfeito de família e que devem ter os mesmos direitos e deveres da união estável. Através desta decisão os homossexuais passaram a ter acesso à herança de seu companheiro em caso de morte, podem ser incluídos como dependentes nos planos de

58 Decisão proferida no processo administrativo n.º 36474.001600/2011-27. Disponível em: <[http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num\\_processo=36474001600201127](http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num_processo=36474001600201127)>. Acesso em: 05 set. 2013.



saúde, receber pensão alimentícia e adotar filhos e registrá-los em seus nomes, dentre outros direitos.

[..]

*Assim, temos que tanto a família dita como tradicional, ou heterossexual, quanto a família homoafetiva tem as mesmas obrigações em relação ao cuidado e manutenção de seus filhos e merecem a mesma proteção do Estado.*

*O objetivo da criação da licença maternidade, é o amparo inicial da criança que está chegando ao núcleo familiar. Estes primeiros momentos de adaptação não ocorre somente entre mãe e filho, mas com todas as pessoas que pertencem a família. Todos os familiares participam deste período criando um vínculo afetivo com a criança. Assim, deve-se entender que a licença maternidade não é visando o bem dos pais, mas sim, visando o bem da criança.*

[..]

Nota-se que o interessado e seu companheiro já procederam com todos os tramites legais para adoção do menor, tendo inclusive certidão de nascimento do menor no qual constam os dois como pais, conforme se verifica no processo de adoção constante nos autos, seguindo o que determina o Estatuto da Criança e do adolescente em seu art. 47.

[..]

*Assim, após explanação acima, entendo que o salário maternidade deve ser visto como um bem favorável para a criança, para seu desenvolvimento dentro do grupo familiar.*

O entendimento no Brasil já está sendo alterado e não se justifica negar um benefício, que irá beneficiar a criança, com base somente na letra fria da Legislação Previdenciária isoladamente, que especifica que salário maternidade é concedido a segurada.

*Desta forma, o benefício deve ser concedido levando-se em conta o que determina o art. 227 da Constituição Federal de 1988 combinado com o Estatuto da Criança e Adolescente citados acima e por analogia, nas mesmas condição de uma família homoafetiva formado por duas mulheres, no prazo de 120 dias conforme determinado no ACP nº 5019632-23.2011.404.7200.*

Conclusão: Pelo exposto voto no sentido de CONHECER DO RECURSO DO INSS para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

A jurisprudência, em sua maioria - apesar de alguns equívocos de fundamentação, posto que não raro se esmera em superadas técnicas de interpretação inculpidas pela Lei de Introdução ao Direito Brasileiro -, reconhece a premente necessidade de equiparação entre licenças paternidade e maternidade nas hipóteses de ausência da mãe, cuja omissão pelo legislador positivo tem provocado enormes injustiças.

Resta claro que, para o alcance da igualdade efetiva entre homens e mulheres, é necessário que as obrigações familiares sejam compartilhadas e que se lute contra a ideia de que a mulher é a principal ou, na maioria das vezes, a única responsável pelas tarefas domésticas, bem como com o cuidado dos filhos e familiares dependentes.

As decisões que negam o direito à família incorrem em erro grotesco, pois visivelmente não concretizam direitos e garantias fundamentais, negando a própria concepção do Estado Democrático de Direitos, mediante uma visão que não privilegia mínimos preceitos de justiça e equidade.

Essa visão ultrapassada tem sido a regra nas decisões da Administração Pública Federal consoante se observa da decisão administrativa proferida no processo n.º 08064.000791/2012-87, por meio do Parecer 71/2012 –DELP/CRH/DGP/DPF:

PARECER N.º 71/2012-DELP/CRH/DGP/DPF

REFERÊNCIA: PROTOCOLO N.º 08064.000791 /2012-87

INTERESSADO: JOSÉ JOAQUIM DOS SANTOS

ASSUNTO: LICENÇA-ADOTANTE

Trata-se de requerimento do servidor José Joaquim dos Santos, matrícula n.º 4.322, Datilógrafo, lotado e em exercício no Museu Criminal da Academia Nacional de Polícia, no sentido de que lhe seja concedido Licença- Adotante.

No pedido existe a justificativa que a esposa do requerente faleceu em decorrência de complicações pós-parto e deixou um recém-nascido e uma menor de 10 de idade sobre a responsabilidade do servidor. Esse requerimento está fundamentado na Lei n.º 8112/1990 e em decisão proferida nos autos do processo n.º CSJT 150/2008-89S-15-00-O, vislumbrando no caso analisado similaridade com a situação em que atravessa.

Preliminarmente, cabe ressaltar que o caso em apreço não se amolda ao texto legal nem ao teor do acórdão trazido aos autos, pois, a decisão judicial diz respeito a aplicação do art. 210 da Lei n.º 8.112/1990, estendendo o direito à licença à adotante ao servidor homem, uma vez que a literalidade da norma não o contempla, vejamos:

*‘ Art. 210. A servidora que adotar ou obtiver guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, serão concedidos 90 (noventa) dias de licença remunerada (Grifamos).*

Observa-se no presente caso, que diferentemente, daquele analisado pela justiça, o servidor é o pai das crianças, ou seja, não se pode aplicar para o presente caso o instituto da adoção por analogia.

Da mesma forma, não poderia o administrador, estender os efeitos de licença-maternidade ao pai, por falta de previsão legal.

Por certo que a licença maternidade é direito exclusivo concedido às mulheres, mas independentemente das diversas condições que a gestante venha enfrentar pré ou pós-parto, a legislação brasileira já evoluiu e dotou de direitos similares à servidora adotante.

E, é com fundamento nesse entendimento que o tribunal, aplicou ao servidor o mesmo direito à servidora em caso de adoção, não fazendo distinção de gênero.

Esse raciocínio trazido aos autos pelo servidor tem muito espaço a prosperar no campo judicial, pois, se para a adoção, ato nobre, e como regra planejada cabe a licença adotante ao homem (decisão judicial), quicá para a dura missão de assumir abruptamente as funções de pai e mãe em decorrência da morte prematura da companheira. Aqui deve-se aplicar a mesma razão jurídica ao mesmo direito.

No entanto, ante a falta de previsão legal, não pode a administração atuar, concedendo eventual auxílio-adotante ao requerente, conforme se depreende do princípio da estrita legalidade, entendimento pacífico na doutrina pátria.

Pois, o tradicional princípio da legalidade insculpido no art.5º, II da Constituição Federal, aplica-se à Administração Pública, de forma rigorosa, pois àquela somente é conferida atuar na medida expressamente disposta em lei e nas demais espécies normativas.

Corroborando esse entendimento, discorre Hely Lopes Meirelles (Direito Administrativo Brasileiro — 24ª Edição), onde elucida que:

O princípio da legalidade impõe que o agente público observe fielmente todos os requisitos expressos na lei como da essência do ato vinculado. O seu poder administrativo restringe-se, em tais casos, ao de praticar o ato, mas de o praticar em todas as suas minúcias, especificadas na lei. Omitindo-a, ou diversificando-a na sua substância, nos motivos, na finalidade, no tempo, na forma ou no modo indicados, o ato é inválido [...].

Por todo o exposto, sugiro que seja indeferido o pedido de concessão de Licença-Adotante ao servidor, tendo em vista a falta de previsão legal.

E o parecer. *Sub censura*. A consideração superior.

Brasília, 18 de janeiro de 2012. EDUARDO PRIMO DA SILVA  
Delegado de Polícia Federal Matrícula 7.231.

Como é possível observar, a Administração Pública se escudou no princípio da legalidade estrita para indeferir o pleito do servidor, mesmo reconhecendo o campo fértil para que a matéria prospere na via judicial. Tal conduta é bastante reprovável, uma vez que sequer o próprio do

princípio da legalidade foi corretamente desenvolvido na decisão acima. Se o tivesse sido a conclusão seria outra, seja porque sua finalidade *última é a preservação* da ordem jurídica, impedindo que a Administração se desvie das determinações do ordenamento – nele incluídos a proteção à dignidade da pessoa humana, à família, à criança e à isonomia –, seja porque precisa ser lido em conjunto com os demais princípios que regem os atos da Administração Pública, tais como a moralidade, a eficiência, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Os princípios da moralidade e da eficiência determinam que o administrador, em toda a sua atividade funcional, está sujeito aos mandamentos da lei, mas também às exigências do bem comum, atuando com vistas a obter o melhor resultado mediante o uso racional dos meios disponíveis. A moral e a eficiência administrativas impõem à Administração não apenas cumprir a lei formalmente, mas cumpri-la substancialmente, procurando sempre o melhor resultado para a administração e para os administrados, através do cumprimento de princípios éticos de razoabilidade e justiça.

Tomar uma decisão contrária aos servidores com argumentos tão rasos e ocasionando visível violação de direitos e garantias constitucionais, remetendo a controvérsia para a judicialização é no mínimo uma conduta negligente que fere frontalmente os princípios da moralidade, da eficiência e da razoabilidade. Essa postura omissa, para dizer o menos, torna a decisão administrativa bastante reprovável, pois um indeferimento tão desprovido de fundamentos pode redundar até mesmo em uma futura responsabilização civil do Estado, em decorrência dos prejuízos suportados pelo servidor e seu filho.

Exemplos de atuações administrativas muito melhores foram as decisões, já citadas, proferidas pelo Tribunal Superior do Trabalho, atuando em função administrativa - e não jurisdicional, frise-se -, bem como as decisões proferidas pela Junta de Recursos da Previdência Social e pelo Conselho de Recursos da Previdência Social. Tais precedentes, emanados de órgãos colegiados, o que implica numa discussão, ao menos em tese, mais aprofundada sobre o tema, denotam muito mais coerência e comprometimento por parte da Administração, demonstrando a perfeita possibilidade de se adotar, mesmo administrativamente, uma interpretação que leva em consideração não apenas as regras, mas também os princípios do ordenamento jurídico brasileiro, considerando-o como um todo coerente.

### **3.2 A necessária releitura principiológica da licença paternidade: O contributo de Ronald Dworkin**

A ausência de pronta resposta pelo ordenamento para o caso ora sob análise, em que se verifica uma colisão de princípios válidos e para

o qual não existe uma resposta baseada na simples subsunção do fato a uma norma geral e abstrata o insere na definição de *hard case*, consoante estabelece a teoria de Ronald Dworkin.<sup>59</sup> E para essas situações há uma única resposta correta e não apenas respostas diferentes.<sup>60</sup>

Ronald Dworkin foi um dos principais jusfilósofos da atualidade, sendo que sua teoria do *direito como integridade* é uma das principais visões contemporâneas sobre a natureza do direito.

Dworkin considera inadequada a resposta que o positivismo jurídico fornece para os casos difíceis, segundo o qual o juiz teria uma discricionariedade para decidir um caso desse tipo, a quem seria possível legislar novos direitos jurídicos e aplica-los retroativamente como se fossem delegados do poder legislativo. Para o positivismo, os juízes atuariam como um segundo poder legislativo.

Para o filósofo americano, muito ao contrário, o juiz tem o dever de descobrir quais são os direitos das partes, mesmo nos casos difíceis, elaborando uma distinção entre regras e princípios, agregando ainda a figura das *policies*.

Nas palavras de Chueiri e Sampaio:<sup>61</sup>

Os princípios são normas cuja observação é uma exigência de justiça ou alguma outra dimensão da moral e tem uma dimensão de peso ou importância que as regras não tem, na medida em que se aplicam ou não se aplicam. As *policies* são um tipo de norma que estabelece algum fim ou objetivo a ser alcançado, normalmente econômico, político ou social. Segundo Dworkin, essa distinção entre princípios, *policies* e regras é lógica e fundamental na construção dos argumentos da decisão. Neste sentido, os argumentos de política justificam uma decisão ao mostrar que esta protege algum objetivo coletivo da comunidade. Já os argumentos de princípio justificam uma decisão política ao mostrar que ela respeita e garante um direito fundamental, seja de um indivíduo ou de um grupo.

Assim, para Dworkin, os princípios correspondem a tipos particulares de padrões e se diferenciam das regras, que enunciam um tudo ou nada. Segundo o autor, os princípios atuam de forma mais vigorosa nos casos difíceis, quando desempenham um papel fundamental

59 CHUEIRI, Vera Karan; SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Disponível em: <http://mdf.secrel.com.br/dmdocuments/vera.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2013.

60 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. Dworkin: *De que maneira o direito se assemelha à literatura*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/assignment/view.php?id=557>. Acesso em: 17 nov. 2013.

61 CHUEIRI; SAMPAIO, *ibid.*

nos argumentos que sustentam as decisões a respeito dos direitos e obrigações particulares.<sup>62</sup>

Em geral, Dworkin utiliza o termo princípio para “indicar todo o conjunto de padrões que não são regras”, e, por vezes, como ressaltado acima, faz uma distinção entre princípios e políticas. Assenta:

Denomino ‘política’ aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade [...] Denomino ‘princípio’ um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade<sup>63</sup>.

O julgador precisa aprofundar sua interpretação, buscando todo o arcabouço principiológico que envolve a matéria sob seu crivo e desenvolver uma resposta que evidencie o maior número desses princípios, pois parte da ideia central de que as normas precisam ser contextualizadas e necessitam promover a Justiça e a equidade. Assim, apenas uma única resposta interpretativa será capaz de alcançar esse desiderato.

A estrutura do modelo interpretativo compreende a integração do ordenamento jurídico através dos elementos contidos nele próprio, devendo ser observado enquanto integridade, composto por regras e princípios. Essa visão do ordenamento instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada – expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.<sup>64</sup>

Para apresentar a tese da única resposta correta, Dworkin cria inicialmente um juiz imaginário, o juiz Hércules, dotado de capacidade e sensibilidade sobre-humanas capaz de resgatar principiologicamente toda a história institucional do Direito, de modo a considerar adequadamente as pretensões jurídicas levantadas nos casos concretos que lhe são submetidos à apreciação.<sup>65</sup>

Alguns anos depois, já na década de 1980, Dworkin irá sofisticar a perspectiva de exposição da tese da única resposta correta. E, para isso, irá lançar mão, não apenas da figura do juiz Hércules, mas agora da chamada metáfora do romance em cadeia (*chain novel*). A metáfora do romance em cadeia ilustra exatamente todo um processo de aprendizado social

62 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

63 Ibid.

64 Ibid.

65 OLIVEIRA, op. cit. Acesso em: 17 nov. 2013.

subjacente ao direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido a essa história.<sup>66</sup>

Eis a explicação da tese do romance em cadeia<sup>67</sup>:

Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade.

[...]

Cada romancista pretende criar um só romance a partir do material que recebeu, daquilo que ele próprio lhe acrescentou e (até onde lhe seja possível controlar esse aspecto do projeto) daquilo que seus sucessores vão querer ou ser capazes de acrescentar. Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes. Isso exige uma avaliação geral de sua parte, ou uma série de avaliações gerais à medida que ele escreve e reescreve.

O Direito é, portanto, também construído a partir da interpretação, pois na medida em que os legisladores se sucedem precisam interpretar tudo até então existente e construir um novo conjunto de normas, coerente com as normas precedentes. O juiz, ao se deparar com um caso para a qual não existe uma regra, deve se orientar a partir dos princípios existentes e criar uma regra que ilustra a aplicação dos princípios.

O juiz, como intérprete, cria o Direito para o caso concreto e sua criação também será parte integrante desse mesmo Direito, devendo, portanto, guardar coerência com tudo o que já foi construído até ali, como se o ordenamento fosse obra de um só autor.

Portanto, toda a interpretação da legislação infraconstitucional formulada por decisões judiciais e administrativas deve ter por fundamento primeiro guardar coerência com o texto constitucional, com os princípios por ele insculpidos e com as demais normas que regem a matéria, observadas em seu conjunto.

Dworkin reconhece que o direito está longe de ter uma coerência perfeita, mas ao mesmo tempo afirma que é possível encontrar um conjunto

66 OLIVEIRA, op. cit. Acesso em: 17 nov. 2013.

67 DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo. Martins Fontes, 2007.

de princípios razoavelmente plausíveis que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável.<sup>68</sup>

Ainda segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.<sup>69</sup> Os princípios são trunfos contra possíveis abusos justificados com base em políticas de maximização de finalidades coletivas<sup>70</sup> e auxiliam o julgador a resolver o caso através dos elementos contidos no próprio ordenamento, assumindo também uma função delimitadora da atuação interpretativa.

Dworkin defende que o raciocínio jurídico é um exercício de interpretação construtiva, de que o Direito constitui a melhor justificação do conjunto das práticas jurídicas, a narrativa que faz de tais práticas as melhores possíveis. A tese da única resposta correta pressupõe, portanto, uma ruptura tanto com o paradigma positivista de ciência e teoria do Direito, quanto uma ruptura com o próprio paradigma positivista do Direito, que se esgotaram.<sup>71</sup>

Melhora-se consideravelmente a compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura, pois a segunda propiciará um entendimento melhor do que é a interpretação em geral. O que interessa a Dworkin não é tanto o que os estudiosos de literatura chamam de descobrir o sentido de um texto, perguntando-se sobre o que um autor quis ou não dizer com o uso de determinada palavra ou expressão, mas as teses que apresentem algum tipo de interpretação do sentido de uma obra como um todo.<sup>72</sup>

A interpretação deve procurar mostrar o material a ser interpretado como o melhor que ele pode ser.<sup>73</sup> *In casu*, tem-se como proposições jurídicas estabelecidas todos os princípios e normas de tutela da família, desde o princípio da dignidade da pessoa humana, da isonomia, da liberdade, da proteção à família, da proteção integral à criança, bem como de todas as normas que tutelam as licenças familiares - inclusive a recente lei que alterou a Lei 8.213/90 para conferir um caráter familiar ao salário maternidade, que agora também pode ser requerido pelo pai,

68 DWORKIN, op. cit.

69 Ibid.

70 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

71 OLIVEIRA, op. cit. Acesso em: 17 nov. 2013.

72 Ibid.

73 DWORKIN, Ronald. *Conferência Mcorkle de 1984. As ambições do Direito para si próprio*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 17 nov. 2013.



segurado do Regime Geral de Previdência Social, nos mesmos moldes da mulher - que precisam ser interpretados sob a melhor luz possível.

Para o modelo interpretativo de Dworkin existem duas dimensões a serem analisadas, a dimensão da adequação e a dimensão da justificação. A dimensão da adequação determina que a interpretação a ser adotada deve fluir ao longo de todo o texto; deve possuir um poder explicativo geral, e será mal sucedida se deixar sem explicação algum importante aspecto estrutural do texto. Dentro da dimensão da adequação será possível que o julgador encontre mais de uma interpretação adequada e que se ajuste ao contexto. A segunda dimensão, então, vai exigir que o intérprete julgue qual dessas leituras possíveis se ajusta melhor à obra em desenvolvimento, depois de considerados todos os aspectos da questão.<sup>74</sup>

Assim, uma vez colocadas as normas legais sobre as quais se pautam o problema, passam-se às perguntas: Quais os princípios políticos iriam satisfazer a exigência da primeira dimensão, a exigência de adequação? Passa-se então à segunda dimensão da interpretação, devendo-se perguntar qual das interpretações possíveis possibilita uma melhor justificação das decisões do ponto de vista da moralidade política.<sup>75</sup>

As dimensões da adequação e da dimensão justificação ou moralidade política, são assim por ele explicadas<sup>76</sup>:

*A dimensão da adequação* supõe que uma teoria política é *pro tanto* uma justifica melhor que outra se, grosso modo, alguém que a sustentasse pudesse, a serviço dela, aplicar mais daquilo que está estabelecido do que alguém que justificasse a outra. Duas teorias diferentes podem fornecer justificativas igualmente boas, segundo essa dimensão, em sistemas jurídicos imaturos com poucas regras estabelecidas ou em sistemas jurídicos que tratam apenas de um âmbito limitado da conduta de seus participantes. Mas em um sistema moderno, desenvolvido e complexo a probabilidade desse tipo de empate é muito pequena.

[...]

A segunda dimensão – *a dimensão da moralidade política* – supõe que, se duas justificativas oferecem uma adequação igualmente boa aos dados jurídicos, uma delas, não obstante, oferece uma justificativa melhor que a outra se for superior enquanto teoria política ou moral; isto é, se apreende melhor os direitos que as pessoas realmente tem.”

74 DWORKIN, Ronald. *A Conferência Maccorkle de 1984. As Ambições do Direito para si próprio*. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

75 Ibid.

76 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001. Fls. 213.

A concessão da licença paternidade nos moldes da licença maternidade, na ausência da figura materna, se adequa tanto à dimensão da adequação, quanto à dimensão da moralidade política, constituindo-se na melhor justificativa que se pode oferecer ao caso, seja porque aplica mais daqueles princípios estabelecidos, seja porque apreende melhor os direitos que o pai e a criança realmente tem: proteção à família e à criança, dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade – entre homens e mulheres, entre filhos de famílias distintamente constituídas e entre os direitos sociais dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência e a regime próprio dos servidores públicos.

Simplesmente rejeitar ao pai o direito de perceber a licença nos mesmos moldes da mulher, por sua condição de homem e porque o ordenamento lhe concede – de forma literal - apenas 05 (cinco) dias, sem prever os casos de ausência da figura materna, não atende às dimensões da adequação e moralidade política. A situação é complexa e a literalidade legislativa não previu a situação de ausência da mãe, fixando duas licenças distintas, uma elástica e outra diminuta, acreditando que as figuras do pai e da mãe estariam ali para proteger e cuidar da criança. Se não há a figura materna, deixar a criança e a família desprotegidas é negar-lhes todos os princípios constitucionais mais caros à sociedade.

Desamparar o pai, que necessita dispor de tempo exclusivo para dedicar-se à criança, na ausência de quem, *prima facie*, incumbiria fazê-lo, desestrutura todos os membros da família, retira-lhes os princípios mais fundamentais do ordenamento jurídico e impõe-lhes um sacrifício desolador e mais um infortúnio além daquele que a família já vivencia pela perda da mãe.

Um casal homoafetivo masculino, cuja união agora já é reconhecida, não tem então o direito à proteção de sua prole e do próprio núcleo familiar? E o homem solteiro que adota uma criança, assim como um recém viúvo, verdadeira vítima de um sofrido infortúnio? E quando a mulher abandona o marido sozinho com um filho recém-nascido? E os filhos dessas relações não perfeitamente “tradicionais”, não merecem a proteção do Estado?

O sistema jurídico brasileiro não comporta discriminação entre filhos de qualquer natureza, nem entre famílias de composição distinta do modelo conhecido como “tradicional”. Também não são admitidas distinções entre homens e mulheres, sobretudo no seio familiar.

Não cabe então ao Estado cabe tratar a todos os cidadãos com igual respeito e consideração?

O argumento de que a lei prevê ao homem apenas cinco dias e exclusivamente à mulher – servidora pública - o período de até 180 (cento e oitenta) dias, é insatisfatório porque pressupõe a presença das duas figuras: pai e mãe, além de causar graves danos à família e à criança que se

inserir em um contexto familiar aparentemente não tutelado pelo direito positivado. E aparentemente mesmo porque a própria Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados (Art. 5º, §2º, CF/88), de modo que até de sua literalidade é possível extrair uma conclusão melhor que resguarde a criança e o pai.

O indeferimento do direito é discriminação odiosa, porque não protege a criança e não tutela a família; não garante a dignidade da pessoa do pai, nem do filho, mas lhes impinge uma separação e falta de convivência num momento de vulnerabilidade da família e do bebê - mais suscetível a doenças - e em que se formam laços afetivos, havendo uma premente necessidade de cuidados especiais e adaptação.

Dworkin enfatiza que o próprio julgador perceberá quando uma interpretação se ajusta tão mal à situação e não subsiste aos questionamentos das dimensões acima expostas, pois essa interpretação ruim não pode superar seus problemas de adequação ao decidir se ela torna o “romance” melhor do que o fariam as outras interpretações, levando tudo em conta.<sup>77</sup>

Desta feita, a hermenêutica da concessão de licença maternidade na ausência da figura materna deve ser desenvolvida sob o paradigma do Estado Democrático de Direitos, que busca construir uma sociedade justa, fraterna e solidária, e realizada mediante o enfrentamento de todos os princípios jurídicos e normas constitucionais que lhes são inerentes.

Conforme lições do Professor Gustavo Tepedino:

Vale dizer: toda e qualquer norma que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático os tipos de comunidades familiares identificados pela Constituição, no âmbito dos quais a família fundada no casamento é apenas um deles. A comunidade familiar, por sua vez, não é protegida como instituição valorada em si mesma, senão como instrumento de realização da pessoa humana.<sup>78</sup>

Como já dito, a família é o núcleo de desenvolvimento da personalidade dos filhos e de promoção da dignidade de seus integrantes<sup>79</sup>, que tem constitucionalmente garantido o direito de ser resguardados contra toda a forma de discriminação. Portanto, não é possível conceber, à luz do ordenamento como integridade, que a criança e a família percam esse direito à adaptação e à convivência.

Mister acrescentar ainda, com fundamento nas lições de Dworkin, que não satisfaz uma interpretação que apenas se ajuste a uma parte

77 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes., 2001.

78 TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: [http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html). Acesso em: 30 out. 2013.

79 Ibid.

substancial dos princípios mais relevantes, mas aquela que possa evidenciar a todos, transformando o ordenamento no melhor que ele pode ser para o caso que reclama solução.

Assim, se não existe mãe, a possibilidade interpretativa que efetiva todos esses princípios estabelecidos está na transferência ao pai do direito de se afastar do trabalho por até 120 (cento e vinte) dias para cuidar da criança, bem como possibilitar-lhe a prorrogação da licença nos termos do Decreto Executivo 6.690/08.

O direito da criança é à proteção integral, ou seja de todos os seus direitos, e resguardada de todas as formas de discriminação, independentemente, portanto, da modalidade em que se enquadre o seu núcleo familiar: heterossexual, monoparental, homoafetivo, biológico ou adotivo.

A concepção de Estado Democrático de Direitos não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis, mas deve igualmente assegurar os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem evidenciados através da atividade interpretativa, [...] *que tem por fim atualizar a substância normativa inesgotável do sistema de direitos estatuído no documento da constituição.*<sup>80</sup>

Conforme esclarece Raphael Marques *apud* Dworkin é óbvio que uma leitura principiológica da Constituição não fornecerá uma fórmula garantidora de que todos os aplicadores do Direito cheguem à mesma resposta em processos constitucionais complexos. Sempre existirão discordâncias acerca das exigências da igualdade de consideração e da ideia de liberdade. Portanto, necessário insistir na premissa, inerente ao direito em si, de que quaisquer que sejam seus pontos de vista sobre os direitos fundamentais e sobre o papel da Constituição, os intérpretes e aplicadores do direito em geral também devem aceitar uma restrição independente e superior, decorrente da ideia de integridade nas decisões adotadas:<sup>81</sup>

A integridade no direito tem várias dimensões. Em primeiro lugar, insiste em que a decisão judicial [assim como a decisão administrativa] deve ser uma *questão de princípio*, não de conciliação, estratégia ou acordo político. [...] em segundo lugar, [...] a integridade se afirma *verticalmente*: ao afirmar que uma determinada liberdade é fundamental, o juiz [assim como o administrador ou aplicador do Direito] deve mostrar que sua afirmação é compatível com princípios embutidos em precedentes do

80 MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. N.º 1. 2010.

81 *Ibid.*

Supremo Tribunal e com as estruturas principais de nossa disposição constitucional. Em terceiro lugar, a integridade se afirma *horizontalmente*: um juiz [ou mesmo a Administração Pública] que adota um princípio em um caso deve atribuir-lhe importância integral nos outros casos que decide ou endossa, e mesmo em esferas do direito aparentemente não análogas. (grifos no original)

Assim, a coerência no processo de interpretação - decorrente do princípio de integridade e suas dimensões - e a busca da melhor luz sob os quais os princípios devem ser enxergados, extraindo-lhes todo o potencial de importância, faz convergir o resultado da decisão para a única resposta correta.

O direito só pode ser considerado válido enquanto for moralmente justificado, baseado em princípios, dentre os quais o protagonista é o da igualdade - entendida na visão de Dworkin como o direito de todos serem tratados com igual respeito e consideração<sup>82</sup>, conforme já visto. Cabe lembrar que as famílias homoafetiva feminina e a monoparental de mulher solteira jamais enfrentarão situação em que a criança e a família perderiam o direito à licença maternidade, porque a figura feminina está aí presente. Como então deixar os homens e seus filhos desguarnecidos desse direito só pelo fato de serem do sexo masculino?

O que se precisa é avaliar o ordenamento como um todo complexo e abrangente o suficiente para abarcar situações complexas como essa. Para tanto, o intérprete precisa avançar para muito além da intenção dos legisladores, construindo uma teoria política que justifique melhor a hipótese e se harmonize com o sistema constitucional como um todo. O ordenamento caminha sim numa direção única, não com base em uma única norma, mas através de um conjunto de princípios e normas que se inter cruzam e estabelecem uma teia de tutela ao núcleo familiar e à criança.

Existem, ainda, outros fundamentos de aspecto social - decorrentes do princípio da igualdade - que justificam a equivalência entre as licenças maternidade e paternidade defendidas no presente trabalho, na medida em que - essa equalização - promove um maior equilíbrio do espaço laboral disputado por homens e mulheres, bem como da distribuição dos afazeres domésticos nessa nova estrutura familiar e nessa nova sociedade que se apresenta.

Muito mais que propiciar o cuidado com a criança e a família, aproximar o homem do ambiente familiar e dos cuidados com os filhos é um meio para se evitar a discriminação do trabalho da mulher, ainda muito evidente nos dias de hoje, e se revela também em mecanismo natural de maior participação do homem no espaço doméstico.

---

82 CHUEIRI; SAMPAIO, op. cit. Acesso em: 20 dez 2013.

Conforme estudo elaborado pela juíza do Trabalho, Candy Florêncio Thomé<sup>83</sup> os papéis tradicionais estereotipados dos homens e mulheres ainda são muito fortes, como a responsabilização considerada “natural” das mulheres pelos filhos e a divisão sexual do trabalho.

Nesse sentido ela ressalta<sup>84</sup>:

O fundamento da maioria das pessoas que consideram que corresponde à mulher assumir a maior parte das obrigações – e direitos – da criação de filhos e da manutenção da família é que ela teria um instinto maternal nato e uma predisposição natural, isto é, biológica, para sua adaptação no espaço privado, ao passo que o homem é considerado como mais próximo ao espaço público.

Essa crença contudo, dificilmente, mantém-se máxime se se analisa o modo de criação de filhos em diversas sociedades até o século XVIII. Segundo Dubin (2007, p. 48), a divisão entre o sistema produtivo apenas para os homens e o sistema reprodutivo apenas para as mulheres começou com a Revolução Industrial e foi a fonte do problema do acesso ao trabalho das mulheres.

O chamado instinto maternal está longe de ser instinto, aproximando-se muito mais de um lado cultural e pouco ou nada difere do instinto paternal. Biologicamente, depois da gravidez e amamentação, tanto o pai como a mãe tem as mesmas condições para educar e criar os filhos, observando-se, ainda, que mesmo o aleitamento pode ser realizado pelo pai, com leite materno ou de animal.

Tais fatos demonstram que o ‘instinto maternal’ é um elemento cultural e não biológico e que, tal como o ‘instinto paternal’, nem mais nem menos, deve ser promovido e protegido. Afirma Dinter (2005, p. 163) que, mesmo entre as pessoas que acreditam em um instinto materno natural, muitas afirmam que não apenas as mães são capazes de senti-lo, mas também os pais e terceiros, e, por isso, a autora francesa questiona o porquê de não falar simplesmente de amor, já que a premissa é de que o instinto maternal é contingente e progressivo.

Assim, ao homem deve ser dado tanto a obrigação como o direito de participar de forma mais ativa do cuidado de seus filhos, pois fica evidenciado que o tratamento cada vez mais igualitário entre homens e mulheres é extremamente benéfico para a sociedade, porque reforça e oportuniza a inserção de homens e mulheres nos espaços tidos como “tradicionais” e “inerentes” a cada um até então.

83 THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença paternidade como desdobramento da igualdade de gênero*. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. Disponível em: [http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_80/candy\\_flarencio\\_thome.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf). Acesso em: 30 out. 2013.

84 Ibid..

Por certo que não cabe aos poderes públicos a determinação da divisão de tarefas domiciliares ou a imposição de escolha dos modos de convivência familiar, mas não menos certo é que o Estado deve garantir que as pessoas tenham, efetivamente, possibilidades de instituir um modo familiar mais igualitário e justo, seguindo seus próprios critérios de liberdade e muito mais baseado em amor do que em superados conceitos estereotipados.

O reconhecimento desse direito aos homens também importa em incentivo à adoção de crianças abandonadas por suas famílias biológicas, inserindo-as em um contexto de amor e proteção, capaz de propiciar-lhes segurança, educação, apoio moral, psicológico e afetivo, transformando para muito melhor a vida dessas crianças, das famílias, dos pais e da própria sociedade brasileira.

Simplesmente negar todo esse pano de fundo compartilhado, eloquente, que tece uma teia ligadora entre todas essas normas é irrazoável, desproporcional e discriminatório, ao passo que a aproximação entre as licenças paternidade e maternidade promove o amor, a fraternidade e a solidariedade, através da garantia de um ambiente familiar saudável, capaz de superar as barreiras do preconceito e da exclusão para auxiliar na construção de uma verdadeira democracia plural e inclusiva.

#### 4 CONCLUSÕES

De todo o exposto extraem-se as seguintes conclusões:

1. A literalidade normativa regula as licenças paternidade, maternidade e à adotante do servidor público pressupondo apenas a existência da modalidade mais tradicional de família, qual seja aquela composta por um pai e uma mãe.

2. A interpretação desses direitos fundamentais de cunho social, que se consubstanciam em mecanismos de tutela da proteção familiar, insculpida na Constituição de 1988, precisa reconhecer o caráter aberto da Carta de Direitos e levar em consideração o pluralismo social e o pleno desenvolvimento da cidadania sob o pano de fundo do Estado Democrático de Direitos.

3. Não existem famílias de primeira e segunda categorias no âmbito constitucional, que tutela as diversas espécies de família conferindo-lhes direitos idênticos. A literalidade do Texto Magno não esgota o rol de direitos e garantias fundamentais, devendo ser entendida como um projeto em construção, a ser *constantemente refundamentado e relegitimado pela inclusão das diferenças*.<sup>85</sup>

4. A ausência da figura materna nas relações familiares não se constitui em empecilho capaz de privar a criança e a família da proteção

85 MARQUES, op. cit..

ao saudável desenvolvimento e entrosamento recíproco, sendo exigível das instituições sociais, no caso do Direito, que trate a todos os seus membros como merecedores de igual *respeito e consideração*.

5. E o Direito precisa ser observado enquanto Integridade, um conceito que instrui o intérprete a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor, expressando uma concepção coerente, a ser visto sempre sob o holofote da melhor luz que extraia dos princípios todo o seu potencial de justiça e equidade.

6. A *ratio* das decisões precisam encontrar nesse Princípio de Integridade a segurança que o sistema jurídico requer e abandonar antigos critérios e métodos interpretativos que não comportam a complexidade do Direito atual.

7. A equiparação entre licença maternidade e paternidade em famílias monoparentais masculinas e homoafetiva masculinas é a **única** resposta que atende às dimensões da adequação e da moralidade política, reafirmando os princípios fundamentais de igualdade, liberdade, cidadania, dignidade humana, justiça, fraternidade e solidariedade constantes do Título I da Constituição de 1988.

## REFERÊNCIAS

Acórdão STF proferido na *ADI 4277*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=11872>>. Acesso em: 01 set. 2013.

Acórdão STF proferido na *ADPF 132*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2598238>>. Acesso em: 01 set. 2013.

Acórdão proferido no *Agravo de Instrumento n.º 0036057-75.2012.4.03.0000*. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/consultas/Internet/ConsultaProcessual/Processo?NumeroProcesso=00360577520124030000>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

Acórdão proferido na *Apelação/Reexame Necessário n.º 5008880-55.2012.404.7200/SC*. Disponível em: <[http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro\\_teor.php?orgao=1&documento=5661378](http://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=5661378)>. Acesso em: 01 fev. 2014.

Acórdão proferido na *Apelação/Reexame Necessário n.º 0009306-04.2012.4.02.5101/RJ*. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=201251010093060&TOPERA=1>>. Acesso em: 01 fev. 2014.



AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao Encontro Dos Princípios*: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas. 2008. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/assignment/view.php?id=245>>. Acesso em: 07 jun. 2013.

BENVINDO, Juliano Zaiden. *Julgar por Princípios*: uma Crítica ao Julgamento Político e Econômico. Disponível em: <[http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Professores/Juliano\\_Zaiden\\_Benvindo/Artigos/Julgar\\_por\\_Princ%C3%ADpios\\_-\\_Uma\\_Cr%C3%ADtica\\_ao\\_Julgamento\\_Pol%C3%ADtico\\_e\\_Econ%C3%B4mico.pdf](http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Professores/Juliano_Zaiden_Benvindo/Artigos/Julgar_por_Princ%C3%ADpios_-_Uma_Cr%C3%ADtica_ao_Julgamento_Pol%C3%ADtico_e_Econ%C3%B4mico.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

CARVALHO NETO, Menelick de. A hermenêutica constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: *Notícia do direito brasileiro*. Nova série, n. 6. Brasília: UnB. 2º Semestre de 1998.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

CHUEIRI, Vera Karan e SAMPAIO, Maria Joanna de Araújo. Coerência, Integridade e Decisões Judiciais. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. Extraído de: <<http://mdf.secrel.com.br/dmdocumentos/vera.pdf>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

*Decisão proferida no processo administrativo n.º 36474.001600/2011-27*. Disponível em: <[http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num\\_processo=36474001600201127](http://erecursos.previdencia.gov.br/search.php?num_processo=36474001600201127)>. Acesso em: 05 set. 2013.

*Decisão proferida no Processo Administrativo n.º CSJT-150/2008-895-15-00-0*. Disponível em: <[http://www.csjt.jus.br/c/document\\_library/get\\_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023](http://www.csjt.jus.br/c/document_library/get_file?uuid=e938572d-7979-4f8a-a9e9-415116ac0979&groupId=955023)>. Acesso em: 05 set. 2013.

DWORKIN, Ronald. *A Conferência Maccorkle de 1984*. As Ambições do Direito para si próprio. Traduzido por Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. O Direito Como Interpretação. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN Ronald. *O Império do Direito*. Capítulo VII - Tradução: Jeferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2007. Disponível em: <<http://direitoesubjetividade.files.wordpress.com/2010/01/020-o-imperio-do-direito-ronald-dworkin.pdf>>. Acesso em: 01 fev. 2001.

*Informativo n.º 625 do STF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo625.htm>>. Acesso em: 05 set. 2013.

Instrução Normativa INSS/DC Nº 25, de 07 de Junho de 2000 - DOU de 08/06/2000.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. O que uma constituição constitui? uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo. *Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Gênero e Direito da Universidade Federal da Paraíba*. n.º 1. 2010.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Dworkin*: de que maneira o direito se assemelha à literatura. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/assignment/view.php?id=557>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

-----, *Coesão Interna Entre Estado de Direito e Democracia na Teoria Discursiva do Direito de Jürgen Habermas*. Disponível em: <[http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2\\_2/Coesao%20interna.pdf](http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/ano2_2/Coesao%20interna.pdf)>. Acesso em: 15 jan. 2014.

PATULLO, Marcos Paulo Falcone. *A Igualdade No Pensamento de Ronald Dworkin*. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp125204.pdf>>. Acesso em: 19 dez. 2013.

*RECURSO CÍVEL Nº 5002217-94.2011.404.7016/PR*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/relatorio-voto-acordao.pdf>>. Acesso em: 05 set. 2013.

SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 28 jun. 2013.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 3. ed. São Paulo. Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo. *A Disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*. Disponível em: <[http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino\\_3.html](http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/diversos/tepedino_3.html)>. Acesso em: 30 out. 2013.

THOMÉ, Candy Florêncio. *A licença paternidade como desdobramento da igualdade de gênero*. Um estudo comparativo entre Brasil e Espanha. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_80/candy\\_flarencio\\_thome.pdf](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_80/candy_flarencio_thome.pdf)> Acesso em: 30 out. 2013.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. v. VI. 6. e. São Paulo. Atlas, 2006.

Esta obra foi impressa pela Imprensa Nacional  
SIG, Quadra 6, Lote 800 - 70610-460, Brasília – DF  
Tiragem: 1.500 exemplares